

EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Autores: Federico Notrica y Pablo Melón.*

Resumen:

En la gestación por sustitución el derecho humano a la identidad de la persona nacida se ve garantizado en primer lugar por el compromiso/deber que asumen sus padres de revelarle oportunamente su realidad gestacional, y en segundo lugar en la posibilidad de acceder, cuando cuente con grado de madurez suficiente al expediente judicial.

Cuando además existe/n donación de gametos, respecto de su identidad genética, traducida en la información no identificatoria e identificatoria, serán de aplicación las reglas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación para los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida.

1. Introducción.

Dentro del plexo o bloque constitucional-convencional existe un derecho a fundar una familia¹, derecho que puede ser concretado, entre otras maneras, intentando procrear.

En este contexto, el de un derecho civil constitucionalizado y por tanto humanizado, los derechos reproductivos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconociera como fundamentales en su célebre sentencia *Artavia Murillo c. Costa Rica*, son la base que permiten la reproducción de aquellas personas que padecen una infertilidad física o estructural.

Para comenzar diremos que actualmente, luego de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, tenemos consagrada entre sus normas a la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida².

* Federico Notrica, Docente Adjunto de Derecho de Familia de la Universidad de Palermo, Buenos Aires – Pablo Melón, Abogado UNS, avalado por Federico Notrica, Docente Adjunto de Derecho de Familia de la Universidad de Palermo, Buenos Aires..

¹ Así, lo contempla la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art.VI que reza: “*toda persona tiene el derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella*”. También lo recepta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al disponer en su art. 23 punto 2, “*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 17, segundo párrafo, que reconoce también “*el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*”.

² En adelante TRHA.

Allí se establece, además de la voluntad procreacional como su presupuesto determinante, la manera en que se ve reconocido el derecho a la identidad de los nacidos mediante dichas técnicas.

En este contexto, distinta fue la suerte que corrió la figura de la gestación por sustitución, especie de TRHA, que el Proyecto de Reforma regulaba en su art. 562, y que fue eliminada por el Senado de la Nación al dar media sanción de ley al reciente Código Civil y Comercial.

Frente a ello, a la hora de debatir sobre uno de los aspectos de una práctica no regulada, ni tampoco prohibida por nuestro ordenamiento legal, sería conveniente como sostuvo la Dra. Kemelmajer de Carlucci, tomar como punto de partida una coincidencia básica³ para el desarrollo del debate que nos ocupa: el principio de la realidad.

Ello resulta ser así, puesto que actualmente, en nuestro país, y en el mundo, gracias al avance de la ciencia, la gestación por sustitución es una práctica frecuente.

Frente a esto, y más allá de las posturas restrictivas que postulan su expresa prohibición⁴, nosotros, por el contrario, nos enrolamos en el pensamiento que esboza el sector de la doctrina que pregona su admisión y regulación⁵.

Así lo demuestran los casos que llegan a la justicia, ya sea para inscribir niños nacidos de gestaciones por sustitución practicadas en el extranjero, tanto como para decidir sobre la impugnación de la maternidad de la gestante, y consecuentemente declarar el emplazamiento filiatorio con los comitentes.

Será entonces que la cuestión a debatir aquí, se centra en la manera en que se vería garantizado plenamente el derecho a la identidad de los niños que nacieron, y que vayan a nacer, a causa de una gestación por sustitución; para lo cual cabe formularse el siguiente interrogante: ¿Forma parte, pues, del derecho a la identidad el hecho de que la persona nacida pueda conocer su origen gestacional e individualizar a la gestante?

³Aída Kemelmajer de Carlucci refiere que en ocasión de escuchar al constitucionalista Carlos Gaviria, éste sostenía que el diálogo que sirve para hacer progresar el pensamiento y llegar a soluciones útiles es el que comienza con la búsqueda de puntos de coincidencia. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015, La Ley, 02/07/2015, ISSN 0024-1636, pág 1.

⁴Están en contra de su admisión, entre otros: ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, t. II, 3ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 533 y ss; MAZZINGHI, Jorge A., "Tratado de Derecho de Familia", 4ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 125; BASSET, Úrsula C., Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción, LA LEY 16/12/2013, 16/12/2013, 1 - LA LEY 2013-F, 1056, Cita Online: AR/DOC/4581/2013, pág. 2; SELEME, Hugo O., La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía, LA LEY 18/01/2013, 18/01/2013, 1 - LA LEY 2013-A, 647 - LA LEY 21/01/2013, 21/01/2013, Cita Online: AR/DOC/6070/2012., BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, 6ª ed. act., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 476; RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil parte general, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, pág. 361.

⁵GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., "Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Bs As, pág 294; LAMM, Eleonora, "Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", ed. Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0, pág 1 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora; Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación, T II., ed Rubinzal Culzoni, cap I, pág 448.

2. El derecho a conocer los orígenes como una de las expresiones del derecho humano a la identidad.

El derecho a la identidad involucra los conceptos de identidad estática y dinámica que han sido definidos por Fernández Sessarego como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad [...] es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’”.⁶

Así podremos identificar, por un lado, a la identidad estática, conformada por el genoma humano, las huellas digitales, el nombre, la imagen, el estado civil, etc., y por el otro, a la identidad dinámica que comprende el despliegue de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, lo ético, religioso, cultural, ideológico, político, etc.

El derecho a la identidad nuclea, entonces, otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia, y uno de ellos es el derecho a conocer los orígenes.⁷

Al respecto, los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial explicitan que “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos”.⁸

Por lo tanto, ante supuestos de que un niño haya nacido mediante un proceso de gestación por sustitución, habiendo contado además con material genético de un tercero, respecto de los donantes de gametos serán aplicables las reglas de acceso al derecho a la información establecidas en los art. 563 y 564 del Código Civil y Comercial.

Esto significa que este derecho se traduce en conocer los datos genéticos -datos no identificatorios- y, por el otro, conocer la identidad propiamente dicha del donante, al solo efecto de saber quién es, es decir, su nombre y apellido -datos identificatorios-.

Desde esta perspectiva, se puede observar con claridad que el Código Civil y Comercial propone una postura intermedia, por cuanto el art. 563 establece que “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”. Y, por otro lado, en relación con el contenido de la información, el art. 564 dispone que “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 (datos no identificatorios); 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 (datos identificatorios)”.

Las Dras. Herrera y Lamm sostienen que “La información no identificatoria se puede solicitar en todo tiempo directamente al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez ya que aquí se

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113 y ss.

⁷ KEMELMAJER, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, *LA LEY* 09/10/2012, 09/10/2012, 1 - LA LEY 2012-E, 1257.

⁸ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 587.

deben dar ciertos fundamentos que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor, que es el que haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y, por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres”.⁹

Resulta interesante a los efectos de precisar el alcance del denominado derecho a saber, la situación que se da en Francia, que si bien no regula a la gestación por sustitución, su sistema legal de determinación de la filiación admite la posibilidad de que la mujer que da a luz abandone al niño¹⁰, manteniendo en secreto su identidad., lo cual fue avalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Odièvre v. Francia*, donde se falló por mayoría que el hecho de que el estado francés se negara a proporcionar los datos identificatorios de la madre biológica de la solicitante, no violaba la Convención Europea ya que se garantizaba, haciendo una ponderación adecuada y razonable, el estándar de derechos, quedando de esta forma circunscripto al margen de discrecionalidad de los estados.

Sin embargo, esta interpretación del TEDH, fue objeto de variadas críticas, ya que la Sra. *Odièvre* únicamente quería saber, conocer, reconstruir su origen, obteniendo simplemente para dicho cometido el nombre de quien fue su madre biológica, y sin reclamar emplazamiento filial alguno¹¹.

La idea del derecho a la identidad, basada en conocer los orígenes, y la propia historia, se relaciona directamente con lo que más corresponde al interés superior del nacido, en tanto, que este principio, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporado a nuestra Constitución Nacional, con la reforma de 1994, y que goza de jerarquía constitucional conforme su artículo 75 inc. 22, refiere a que los Estados Parte están obligados a que 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 condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño.

Completando lo expuesto, el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, lo define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, indicó que el interés superior del niño debe ser entendido “como la premisa bajo la cual debe interpretarse, integrarse y aplicarse la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (Directoras), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, Rubinzal Culzoni, Tomo II, p. 575.

¹⁰ *Accouchement sous X*.

¹¹ 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 13/2/2003, en el caso '*Odièvre v. France*'", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 26, 2004, ps. 77 y ss.

Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”.

Sin lugar a dudas, el derecho a la identidad se erige como uno de los derechos más importantes para cualquier ser humano al tratarse de un derecho personalísimo cuya efectividad debe ser protegida por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano.”¹² Conociendo los orígenes, y teniendo acceso a esa información, los niños podrán armar su biografía, su historia, que le posibilite en definitiva, una sana construcción de su subjetividad.

3. **La gestación por sustitución necesita ser regulada.**

En nuestro país, dado el vacío legal existente en torno a la gestación por sustitución, ya son ocho los precedentes dictados de manera favorable a su reconocimiento.

El primero de ellos sucedió en Gualeguaychú, Entre Ríos el 14 de abril de 2010¹³, y el segundo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 18 de junio de 2013¹⁴.

En el primer caso, una mujer impugna la filiación de un niño invocando ser ella quien aportó el óvulo para la fecundación *in vitro*. Según surge de los hechos, la mujer que lo dio a luz es tan sólo la gestante y es con quien, por aplicación del art. 242 del viejo Código Civil, se ha determinado legalmente la filiación.

Esta decisión es apelada basándose en el acceso a la justicia, en la búsqueda de la verdad objetiva y en los preceptos constitucionales en juego, porque lo que se encuentra en tela de juicio es la identidad de un niño, derecho de trascendental importancia en nuestro país y que no puede ser desconocido so pretexto del cumplimiento de normas procesales.

La Cámara Nacional de Apelaciones al otorgar la legitimación activa a la actora, remitió la causa al *a quo* para que trate la cuestión de fondo.

En el segundo caso, se autorizó la inscripción de una niña nacida bajo la modalidad de gestación por sustitución a favor de los comitentes.

La plataforma fáctica del caso fue la siguiente: una amiga de la pareja heterosexual accedió a gestar un bebé por cuanto la mujer que tiene la voluntad procreacional poseía un impedimento para procrear por ella misma.

Al nacer la niña, se efectúa el certificado de nacimiento en el cual figura como madre la mujer que dio a luz, pero nunca fue inscripta en el Registro y por ello, no posee partida de nacimiento ni documento de identidad. Los progenitores iniciaron una acción judicial con el fin de inscribir el nacimiento de la niña. Así las cosas, la jueza interviniente hizo lugar a la demanda y mandó a inscribir el nacimiento.

¹² KRASNOW, Adriana N., “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida.”, ADLA2014-34, 3 - DFyP 2015 (marzo), 09/03/2015, 132.

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, “B.,M.A. c/ F.C.,C.R.”, La Ley online, AR/JUR/75333/2010.

¹⁴ Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Civil N°86, “N.N. s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013, MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552.

Por todo ello, creemos que la determinación de la filiación a favor de los comitentes es la solución que más favorece al interés superior del niño.

Asimismo, sucedieron otros casos en los últimos años y tanto en el decisorio dictado por el Juzgado N°102 de la Capital Federal como en el resuelto por la justicia de Mendoza, formó parte de la resolución la obligación impuesta a los comitentes de hacer conocer a sus hijos oportunamente su realidad gestacional.¹⁵

Desde la visión de una parte de la doctrina, la gestación por sustitución debe ser regulada a los fines de garantizar una serie de derechos de los cuales hoy día somos titulares todos los seres humanos, y claro está que uno de los derechos que forma parte del elenco protegido es el derecho a la identidad.

El Anteproyecto de Reforma en sus fundamentos rezaba: “por aplicación 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, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de la técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente”¹⁶.

Sumado a ello, y desde una mirada mucho más actual, un proyecto de ley que fue diseñado por juristas expertos¹⁷ en la temática para regular a la gestación por sustitución dispone en su Art. 21: “Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros médicos o dependencias administrativas alcanzada la edad y madurez suficiente”.

Esta decisión proyectada no hace más que reforzar el alto valor pedagógico que tiene la ley, siendo que estamos convencidos de que un derecho humano tan esencial como el de la identidad, en la mayoría de los casos, no le será ocultado al niño por sus padres; incluso podrá variar el incentivo del nacido para conocer a la gestante dependiendo del carácter altruista u oneroso del acuerdo. Para el caso de presentarse una gestación altruista, mucho más sencillo será para el niño conocer a quien dio su consentimiento a causa de un vínculo afectivo previo con sus padres, situación que no ocurriría de ser oneroso el acuerdo.

El principio de realidad se impone. Si la gestación por sustitución como técnica reproductiva es una práctica frecuente y en aumento -incluso determinadas personas viajan a países donde esta técnica es receptada por sus legislaciones, lo que se dio en llamar turismo reproductivo-, quiere decir que debemos regularla. No sirve más en nuestros tiempos actuales la técnica del avestruz, es decir, evadir los problemas jurídicos y sociales metiendo la cabeza en un agujero. Es necesario enfrentar las

¹⁵Juz Nac Civ N° 102 de la Capital Federal, 18/05/2015 “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. Juz. Fam. N°1 Mendoza, OAV p/med. Autosatisfactiva, 29/07/2015. Juz Nac. Civ n° 86 38316/2012 NN o D G M B M s/ Inscripción de nacimiento, 18/ 06/13, Juzgado Nacional en lo Civil N° 8325/6/2015 “N.N.O s/INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

¹⁶ Fundamentos Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, INFOJUS, Bs. As., 2012, pág. 588.

¹⁷ Proyecto de ley introducida en el Senado de la Nación, bajo el número 2574/15.

problemáticas, debatirlas lo suficiente -en tiempos razonables- para luego regular, siempre regular antes que silenciar.

4. Conclusiones.

En virtud del mencionado principio de la realidad, siendo que la gestación por sustitución no está prohibida por nuestro ordenamiento legal, y teniendo en cuenta todas las cuestiones que se suscitan en los procesos de gestación por sustitución respecto al derecho a la identidad, debemos llegar a la siguiente conclusión:

- 1) Los progenitores deben comprometerse en marco del proceso judicial llevado a cabo para la utilización de la gestación por sustitución, a hacer conocer a su hijo que ha nacido producto de este proceso gestacional.
- 2) Respecto a conocer la identidad de la gestante, los niños que cuenten con edad y grado de madurez suficiente podrán acceder al expediente judicial en donde constan sus datos, descartándose cualquier posibilidad de reclamo filial.
- 3) Por último, para los casos de que hayan nacido además, por una donación de óvulo o esperma, resultarán aplicables las normas del Código Civil y Comercial en donde rige el sistema del denominado anonimato intermedio referido a la información identificatoria y no identificatoria del o de los donantes, tal como se establece en el art. 564.