

IDENTIDAD: ¿UN DERECHO PARA TODOS?

Autoras: María Emilce Olazábal Viganó y Eliana Alejandra Villavicencio* .

Resumen:

A la luz de algunos de los lineamientos fundamentales de la reforma iusprivatista, según lo expresa la Comisión Reformadora en los Fundamentos del Anteproyecto, analizamos el vínculo filiatorio, y particularmente en lo que concierne al derecho a la identidad, como derivación de tal lazo jurídico. A posteriori, nos enfocamos en la regulación que nos presenta el nuevo Código Civil y Comercial en esta materia, y puntualmente en el caso de los niños concebidos a través de Técnicas de Reproducción Humana asistida, en contraposición a los principios ya expuestos. Para esto, consideramos el articulado del Código y hacemos un paralelismo entre la regulación del vínculo filiatorio originado en la adopción, y el originado en la llamada voluntad procreacional, en caso de las TRHA.

1. Introducción.

« Yo la primera que te llamé padre, y tú a mi hija; yo la primera, sentada en tus rodillas, te infundí dulce deleite y lo sentí a mi vez. Conservo el recuerdo de estas palabras, pero tú las olvidaste... »¹

No hay realidad más profundamente humana, simultáneamente excepcional y cotidiana que la filiación. Y no hay realidad más importante que esta para la sociedad, porque todos, antes de sabernos ciudadanos, amigos o hermanos, nos sabemos hijos. La primera relación de alteridad que experimentamos es la paterno-filial, y en esta medida, en tanto es materia del Derecho regular la conducta humana intersubjetiva, reviste especial importancia la regulación de la familia² y específicamente de la filiación³.

Eurípides nos presenta en su trágica “Ifigenia”, una aparente disyuntiva entre los derechos de un padre y los de su hija. El padre, Agamenón, aprovechando la situación de asimetría propia de toda relación filiatoria, atenta contra la vida de su hija. En su caso “los dioses”, que podríamos considerar una personificación de la ley, justifican el avasallamiento de los derechos de ésta, en aras del éxito bélico del padre, dejándolo librado a su arbitrio. ¿Es esto justo? ¿Podemos supeditar derechos fundamentales de los hijos, a la libre voluntad de los padres?

En este marco, y a partir de los principios que imbuyen el nuevo Código Civil y Comercial argentino⁴, presentaremos una visión crítica de la nueva legislación en el

* Universidad Católica de Cuyo, Sede San Juan. Alumnas de Abogacía, 5º Año.

¹ Las Tragedias de Eurípides, Vol. V. Ifigenia. pág. 346.

² Constitución de la Nación Argentina, Art. 14 bis “..establecerá (...) la protección integral de la familia..”

³ “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle” Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Preámbulo.

⁴ Ley 26994.

ámbito filiatorio. Concretamente en cuanto al reconocimiento del derecho del niño a la identidad, y en particular en el caso de aquellos que fueron concebidos a través de Técnicas de Reproducción Humana asistida.⁵

2. Una mirada desde el espíritu del Código Civil y Comercial argentino.

De las directrices generales que informan el nuevo código, hemos escogido tres que consideramos tienen un impacto directo en el tema que nos ocupa. La constitucionalización del Derecho Privado⁶, el paradigma no discriminatorio⁷ y el paradigma protectorio⁸.

La escisión, en apariencia inconciliable entre Derecho Público y Privado, no es ninguna novedad. Históricamente se los ha diferenciado, con la desafortunada consecuencia de justificar, muchas veces en principios de Derecho Privado que se absolutizaron, grandes injusticias, causando así la no aplicación efectiva de la Constitución Nacional y los tratados con Naciones Extranjeras. Es entonces necesario, no sólo respetar sino garantizar el efectivo ejercicio de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Y en esto se enraíza el concepto de constitucionalización del Derecho Privado.

Concretamente, con respecto al tema de la filiación “Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, (...) la tutela del niño”.⁹ A lo largo del desarrollo de la ponencia, citaremos los distintos instrumentos internacionales con rango constitucional que serán de aplicación en esta materia. Por eso, sería conveniente hablar también de la “convencionalización”¹⁰ del Derecho Privado.

En segundo lugar encontramos el paradigma protectorio. Ya esclareció la Corte Suprema de Justicia de la Nación el concepto de igualdad. “La garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en razonable igualdad de circunstancias. Por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas

⁵ Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf. 29/08/2015.

⁶Fundamentos. Aspectos valorativos. Página 4.

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁷ Ídem supra

⁸Presentación del Dr. Ricardo Lorenzetti, pág. 5.

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>

Este paradigma se desarrolla en los Fundamentos en el subtítulo: “Código de la igualdad.”

⁹ Fundamentos. Aspectos valorativos. Página 4

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

¹⁰ En alusión a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, constituyen, ya sea de forma originaria o derivada, el bloque de constitucionalidad.

distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución.”¹¹

Así es como la Comisión reformadora¹² nos habla de una “ética de los vulnerables¹³”, que busca se vea plasmada en las diversas instituciones del código, continuando con la atenuación del imperio de la autonomía de la voluntad, en consonancia con la reforma de la ley 17.711. En este sentido, el Código asume un carácter eminentemente tuitivo en aquellos institutos donde se hallan en juego los más débiles o existen situaciones de desigualdad real, tendiente a equilibrarlas. Encontramos de aplicación directa esto, a la relación padres – hijo, donde es responsabilidad del legislador garantizar que no quede librado a la simple voluntad de los progenitores derechos fundamentales de los niños, en tanto, más allá de la natural tendencia de protección que estos poseen, nada obsta a que se den casos donde se transgredan.

Y finalmente, encontramos el paradigma no discriminatorio. Implica una visión más amplia, base del paradigma protectorio. No obstante, éste apunta más a lo hermenéutico y terminológico. Se orienta a asegurar que no existan diferencias arbitrarias en cuanto a la titularidad y ejercicio de derechos y obligaciones. Desde un plano más legal que empírico. De esta manera, el codificador debe garantizar que los derechos constitucionalmente reconocidos a los niños, le sean garantizados a todos, sin excepciones improcedentes. Como estipula el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”¹⁴

En este contexto, nos referiremos concretamente al derecho del niño a su identidad, específicamente en lo que se refiere a su derecho a la verdad biológica.

3. Filiación e identidad: sus fundamentos jurídicos.

Tal como nos dice Eduardo A. Zannoni en su tratado de Derecho Civil, “el concepto de Filiación – del latín filius, hijo- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”.¹⁵

En este sentido el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” En concordancia con el artículo 19 de la misma Convención que estatuye: “Todo niño tiene derecho a las medidas de

¹¹ CS, 27/12/90, Peralta Luis c/ Ministerio de Economía Banco Central, LL 1991-C- 158.

¹² Decreto 191/2011. Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

¹³ Fundamentos. Aspectos valorativos. Página 4

¹⁴ Ley N° 23.849. Apruébese la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁵ Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Astrea, 5° edición, año 2006. Pág. 319.

protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

De este concepto se deriva entonces, que dentro de esta tutela general que recae sobre la institución familiar, se desarrolla la protección específica que requieren los miembros más vulnerables de dicha célula, como son los niños. Sabemos el rol fundamental que cumple la familia en la formación de la personalidad de cada hijo, es por esto que es deber especial del Derecho asegurar que se verifiquen, en lo posible, todos los recaudos para que el niño pueda cimentar su personalidad sobre bases sólidas, cuyo primer elemento lo constituye su identidad biológica.

Françoise Doltó en su libro "Los niños y su derecho a la verdad" expresa: "...espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse".¹⁶

Pasando al plano jurídico, podemos ver que el derecho a la identidad está protegido por diversas disposiciones, entre ellas, la Convención de los Derechos del Niño que consagra en su artículo 7: "...el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Por su parte, el artículo 8 manifiesta 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 (...)".

Sabemos que la reforma constitucional del año 1994 amplió nuestro plexo de constitucionalidad, elevando a tal rango diversos tratados internacionales de Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra, originariamente, la Convención sobre los Derechos del Niño. De esto se deriva el deber, no sólo de los magistrados judiciales, sino de todo funcionario estatal¹⁷, a efectuar el correspondiente control de convencionalidad, asegurando que este derecho del niño sea debidamente respetado.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, 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. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia".¹⁸

También se refiere allí la Corte a la existencia del "derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad".¹⁹

Ahora bien el derecho a la identidad comprende dos aspectos: la faz dinámica y la faz estática. La faz estática tiene que ver con la identificación del sujeto: nombre, nacionalidad, imagen, su emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética. En la otra dimensión, la faz dinámica, todo lo asociado al plan de vida, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, entorno social, sus acciones sociales.

¹⁶ Doltó, Françoise: "Los niños y el derecho a la verdad". Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1998.

¹⁷ Fallo Gelman vs. Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24/02/2011 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

¹⁸ Ídem supra.

¹⁹ Ídem supra.

Ambas son necesarias para el desarrollo cabal de la personalidad de todo ser humano. Es por lo tanto nuestro deber garantizar el acceso a ambas. No es suficiente con la llamada filiación biográfica. Es también de gran relevancia el conocimiento de los orígenes biológicos del niño, independientemente de la voluntad de quienes lo engendraron.

4. Identidad vs. Filiación.

Si nos dirigimos a la realidad concreta, vemos que la relación entre filiación e identidad, se nos presentaba antes como una unión indisoluble que, a medida que transcurre el tiempo, y entre otros factores, debido a los adelantos médicos en materia de TRHA y a los procesos de adopción, se ha ido escindiendo a tal punto que lo que comenzó como una de las relaciones vitales e inquebrantables de la existencia humana, hoy se cuestiona hasta ser considerada una creación de la voluntad. La aparición del término “voluntad procreacional”, y el trasfondo que acarrea, hace surgir la polémica en torno a los efectos jurídicos que puede traer consigo la manifestación positiva o negativa de voluntad, en relación con una realidad fáctica tan profunda y cara a los sentimientos de los seres humanos, como es la relación filiatoria.

A raíz de esto, en el siglo XXI le damos especial relevancia a la figura parental que asistió al niño en sus primeras necesidades, a lo que denominamos: paternidad biográfica, reconociendo que lo que une a un padre con su hijo no se circunscribe a la carga genética, sino que la trasciende. Sin embargo, no debemos olvidar, que parte de esta, y en este sentido, asume también una gran importancia.

Como dice Zannoni, “puede hablarse de procreación sin filiación en la medida en que exista una discordancia entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico” {...} y también podemos ver que “el hecho de la procreación no trasciende, evidentemente, en filiación determinada. Inversamente, puede haber filiación sin procreación en el caso de la adopción plena de menores”.²⁰

5. El articulado del Código frente a sus lineamientos basales.

Luego de todo lo expresado, cotejaremos la normativa recientemente vigente, con los principios expuestos al comienzo de nuestro trabajo. La constitucionalización del Derecho Privado, al constituir una directriz transversal, lo analizaremos conjuntamente con cada paradigma, y no como una realidad hermética.

Veamos primero el paradigma protectorio.

El artículo 561 del Código Civil y Comercial, habilita a aquellos que se someten a las TRHA, a revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación de los embriones. Esto deja a los mismos, a quienes el propio código en su artículo 19 considera personas, inermes frente al libre arbitrio de los “comitentes”. Evidentemente aquí deja expresamente desprotegidos a dichos embriones, adicionando el vacío legal que crea, en tanto no establece qué se puede o no hacer con ellos, al vedarse su implantación. Y a su vez, abre el interrogante acerca de la eventual responsabilidad de

²⁰ Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Astrea, 5° edición, año 2006. Pág. 367.

quien revocó la voluntad, en caso de que por cualquier circunstancia se implantare el embrión, o habiendo prestado conformidad, se implantara el embrión equivocado²¹. ¿Qué va a primar? ¿Aplicaremos el paradigma protectorio? ¿O prevalecerá la autonomía de la voluntad?

Porque pareciera que en esta materia, impera un liberalismo a ultranza, en lugar de asegurar la protección del vulnerable (en este caso el embrión, que el mismo Código reconoce como persona, ergo sujeto de Derecho). Esto se manifiesta concretamente en la virtualidad que le otorga el Código a la llamada voluntad procreacional, en desmedro de la realidad biológica.

La voluntad procreacional está prevista en el artículo 562 cuando dice “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, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

¿Y cómo podríamos conceptualizarla? En sentido genérico, es la libre manifestación de voluntad, en virtud de la cual la ley asigna a una determinada persona el vínculo filiatorio con respecto al niño concebido mediante las TRHA; y a contrario sensu, libera de toda responsabilidad jurídicamente exigible, a quien aportando la carga genética necesaria para la concepción, no tiene intención de crear un vínculo filiatorio. Esto revela cómo el Código sobredimensiona en esta materia la manifestación de voluntad, realidad que contraría totalmente el espíritu tuitivo que debería inspirar la regulación de la filiación en general, y especialmente como afirmación del paradigma protectorio.

En segundo lugar, la nueva legislación no prevé el deber de los padres de informar a su hijo que fue concebido a través de estas técnicas. E incluso en el supuesto de fecundación heteróloga²², el artículo 563 se limita a una constancia en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento, lo cual no garantiza en absoluto que el niño tome conocimiento. En adición, el artículo 559 establece que “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.” Como el mismo código lo reconoce en otras materias, la información sitúa a personas en relación de supra ordinación a otras, generando un desbalance, que el derecho debe equilibrar, tutelando al más débil. ¿No sería lógico que impusiera ese deber de información también en este caso? Máxime teniendo en cuenta que la desinformación puede degenerar en un profundo daño moral y psíquico²³.

²¹ Por error médico implantó el último embrión de una mujer en tratamiento de fertilidad a otra paciente. , “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 10-8-2009. [http:// www.reproduccionasistida.org](http://www.reproduccionasistida.org); Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra, en “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 4 de agosto de 2009. <http://www.reproduccionasistida.org>

²² “Los gametos utilizados no son propios de quienes acceden a las técnicas sino que pertenecen a un hombre o una mujer diferente.” <http://www.monografias.com/trabajos63/fecundacion-artificial/fecundacion-artificial2.shtml#ixzz3kPLs6E9n>

²³ BAYLE, Benoit, El embrión en el diván. Psicopatología de la reproducción humana. París, 2003. LEVY- SHIFF, R.; VAKIL, E.; DIMITROVSKY, L.; SHAHAR, N.; HAR-EVEN, D.: Manifestaciones médicas, cognitivas, emocionales y conductuales de niños escolares concebidos a través de fertilización in vitro. “Index Copernicus Journals Master List”, 27 (3): 3250-329. ICID: 574276, 1998; <HTTP://journals.indexcopernicus.com/abstracted.php?level=5&icid=574276>

En tercer lugar, se nos presenta otro conflicto de derechos. El niño con derecho a conocer su identidad biológica y el “donante” de los gametos, quien lo hizo sub conditio de anonimato. En este caso, aunque no se le niega absolutamente el derecho a conocer su identidad, sí se le restringe, en tanto para acceder a la identidad del progenitor, deberá peticionarla al juez. Solamente en caso de que el interesado presente “...razones debidamente fundadas²⁴”, el juez evaluará y le dará acceso a dicha información. Es llamativo entonces, que el sujeto tutelado en esta contraposición de derechos no es el niño, sino el adulto. En un momento histórico donde el interés superior del niño constituye el eje de múltiples regulaciones²⁵. Donde existe una tendencia global de retroceso del anonimato en la donación de gametos con fines reproductivos²⁶. No es aquel que se ve inmerso en una situación jurídica sin haber tenido conocimiento ni prestado consentimiento, sino aquel que con pleno discernimiento, intención y libertad, así lo hizo. A quien se le obstaculiza la obtención de su derecho es al sujeto más débil de la situación. ¿Por qué no se aplica el paradigma protectorio? ... En este sentido dice Luis Matons “La vinculación del derecho a la filiación con el derecho a la identidad personal y la verdad biológica se encontrarían seriamente menoscabados cuando el vínculo jurídico filiatorio no se corresponde de modo unívoco e íntegro con la verdad biológica, y se impide total o parcialmente el derecho de la persona (hijo) de acceder al conocimiento completo de su historia de origen²⁷”.

Consideremos ahora el paradigma no discriminatorio.

Dijimos que según el artículo 558, el nuevo código reconoce tres causas fuente de filiación: naturaleza, adopción y reproducción humana asistida. Y continúa en el segundo párrafo estableciendo que “...surten los mismos efectos...”

Sin embargo, si analizamos la legislación vigente observamos que el Código prevé efectos diversos en relación a algunas soluciones jurídicas, según el origen filiatorio sea una TRHA o la adopción. En rigor de verdad, la regulación diferencial de ambos institutos que prevé el Código, sin otra causa aparente que el diverso origen filiatorio, encuadra perfectamente en el concepto de discriminación que prevé el art 1 de la ley 23592²⁸.

En primer lugar, el Título VI, que se refiere a la adopción, establece en el segundo artículo²⁹ expresamente el reconocimiento del derecho del niño a la identidad. A lo cual no hay siquiera una alusión, cuando se regula las TRHA.

²⁴ Artículo 564.- “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.”

²⁵ Artículo 3. 1. “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.”

²⁶ <http://centrodebioetica.org/2015/02/sentencia-en-alemania-reconoce-derecho-a-conocer-identidad-del-donante-de-gametos/>

²⁷ MATONS, Luis; Objeciones al emplazamiento filiatorio y la voluntad procreacional en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial.

²⁸ “Quien arbitrariamente impida, obstruya, *restrinja* o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional...”

²⁹ Art. 595 inciso b.

En segundo lugar, se vislumbra en todo el articulado de adopción que el sujeto central de protección es el niño, que es una institución tendiente a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen³⁰. Congruentemente se reconoce como principio hermenéutico el del interés superior del niño³¹ y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.³² Esto no se da en la regulación de las TRHA.

En tercer lugar, se le reconoce explícitamente el derecho a conocer sus orígenes³³, lo que genera como contrapartida una obligación en los padres adoptivos y tiene una regulación de amplia legitimación para el niño³⁴. Por el contrario, en el caso de TRHA, se trata de un derecho restringido que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o de salud³⁵, como ya expusimos supra. Por otra parte, dado que no se estipula el deber de los padres de comunicarle al niño su origen, tanto en caso de TRHA homólogas o heterólogas, podría suceder que el niño nunca se enterara.

La preservación de los vínculos fraternos configura un principio general³⁶ dentro de la adopción. Mientras que en las TRHA no se toma ningún recaudo en este sentido. Con el agravante de que, más allá del daño psíquico, dada la cantidad creciente de embriones que pueden generarse con el espermatozoides de un solo donante, aumenta exponencialmente el riesgo de que se den relaciones incestuosas, con el perjuicio que esto acarrea a nivel individual y social.

Por otra parte, en la adopción plena, se contempla la posibilidad de que "...excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante"³⁷. A su vez, para seleccionar a los guardadores con miras a la adopción, el juez debe considerar como un criterio "el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente"³⁸ Nada de esto es exigido en el caso de las TRHA.

De todo lo expuesto resulta que hay una regulación diferencial de los derechos de los niños, según el origen de su filiación, particularmente en lo que respecta al derecho a la identidad. Esto arbitrariamente, en tanto no hay razón suficiente para

³⁰ Art. 594.

³¹ Art. 595 inciso a.

³² Art. 595 inciso f.

³³ Art. 595 inciso e.

³⁴ Art. 596: "El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos."

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

³⁵ Art. 564.

³⁶ Art. 595 inciso d.

³⁷ Art. 605 y 626.

³⁸ Art. 613.

justificar tal distingo. Considerando que la única razón plausible sería el interés en pugna del donante de gametos, quien en principio no se considera vinculado ni lo desea, en relación a ninguno de los niños, dada la disociación de la carga genética con el concepto de paternidad. Y por otra parte, el interés de las clínicas, a quienes se les dificultaría la obtención de gametos, en tanto las consecuencias de la “donación” no serían inocuas.

Ahora bien, ¿podemos considerar los intereses económicos de adultos, o incluso el derecho al anonimato de quien actuó con plena libertad, superiores al derecho básico de un niño a conocer su verdad biológica, con el impacto psíquico y moral ya descripto?

6. Conclusión.

Ab initio nos planteamos si podíamos supeditar derechos fundamentales de los hijos, a la libre voluntad de los padres. Desde la óptica de los lineamientos que, de acuerdo a los fundamentos del Anteproyecto fundan el nuevo Código, la respuesta es una contundente negativa. En razón de las características de la relación paternofilial, y en especial a la luz de los principios que inspiraron el nuevo Código Civil y Comercial, se sigue que la regulación de la filiación, debería ser especialmente protectoria del niño, por lo cual sus derechos fundamentales nunca deberían ser resignados en pro de los derechos de los progenitores.

Desafortunadamente, del análisis del articulado surge que esto no se refleja en la regulación de los derechos de los niños producto de TRHA, en tanto se prioriza la autonomía de la voluntad de los progenitores. Tanto en el proceso de génesis de su existencia (fecundación-implantación), periodo en el que no se le atribuyen ninguna clase de derechos inherentes a su dignidad de persona humana, y a posteriori limitando el derecho humano a la identidad. Y no sólo desampara a estos niños, sino que los discrimina abiertamente, otorgándole un tratamiento diferencial, con respecto a aquellos niños cuyo origen filiatorio es adoptivo.

Finalizando, proponemos que se reconsidere la regulación de este instituto, para lograr que sean reconocidos los derechos de todos, sin distinción, y en particular los de los más vulnerables. Para que estos niños, que también son ciudadanos argentinos, no nos digan, como Ifigenia, que nos hemos olvidado de ellos.

“Conservo el recuerdo de estas palabras, pero tú las olvidaste...”³⁹

³⁹ Las Tragedias de Eurípides, Vol. V. Ifigenia. pág. 346.