

**LIBRO SEGUNDO: DE LAS RELACIONES DE FAMILIA**  
**La vulneración del derecho a la identidad en los niños concebidos por  
fecundación artificial y la reaparición de las "categorías de hijos"**

*Lic. María Inés Franck*  
*Fundación Latina de Cultura*

**1.- Introducción**

En el proyecto de reforma de Código Civil se puede observar una grave vulneración del derecho a la identidad de los niños concebidos por las técnicas de procreación artificial, los cuales son privados de manera deliberada y evitable de los vínculos más fundamentales en la constitución de su identidad. Este problema es una consecuencia más de los problemas jurídicos y éticos que presentan esas técnicas al introducir una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, con grave daño para los niños así concebidos.

Estas diferencias pueden observarse si comparamos las diferencias que el proyecto establece entre los niños adoptados y aquéllos concebidos por técnicas de procreación artificial en lo referente al derecho a la identidad.

Algunas de las normas en donde puede observarse este tratamiento discriminatorio están contenidas en los siguientes artículos proyectados:

ARTÍCULO 594.- Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

ARTÍCULO 595.- Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

ARTÍCULO 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos. Si es persona menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del registro de adoptantes correspondiente o de los equipos interdisciplinarios de mediación. La familia adoptiva puede solicitar asesoramiento a esos mismos organismos. El expediente judicial y administrativo, si lo hay, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la

identidad, 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. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.

ARTÍCULO 605.- Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, si fuese en interés superior del niño, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.

En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

ARTÍCULO 613.- Elección del guardador e intervención del organismo administrativo. El juez selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes, designa al que considera más apto para el niño, niña y adolescente, y toma las medidas convenientes para la vinculación. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, puede requerir la colaboración de la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración de estado de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.

El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

ARTÍCULO 621.- Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

ARTÍCULO 626.- Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:

- a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que este sea mantenido;
- b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;
- c) 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 o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;
- d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

ARTÍCULO 627.- Efectos. La adopción simple produce los siguientes efectos:

- a) como regla, los derechos y deberes que resulten del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes;
- b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño;
- c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos;
- d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;
- e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto.

## **2.- Cuadro comparativo: el reconocimiento del derecho a la identidad de los niños adoptados y de los concebidos por procreación artificial**

Si tuviéramos que sintetizar estas diferencias, podríamos armar un cuadro comparativo entre las disposiciones para salvaguardar el derecho a la identidad de los niños adoptados, junto con la ausencia de disposiciones para hacer lo propio con respecto a los niños concebidos por medio de técnicas de procreación artificial:

	<b>Niños adoptados</b>	<b>Niños concebidos por procr. art.</b>
<b>Derecho a la identidad como principio general</b>	El derecho a la identidad personal de los niños está enumerado entre los principios generales (art. 595 inc. b)	El derecho a la identidad de los niños ni siquiera es mencionado
<b>Primacía de la familia de origen biológico</b>	Se presenta como un derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, "cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594).	Los vínculos biológicos son considerados irrelevantes
<b>Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen</b>	Se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607).	No hay normas similares
<b>Conocer los orígenes biológicos</b>	El derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales (art. 595 inc. e) y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño (art. 596).	Se trata sólo de un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o por razones de salud (art. 564).
<b>Preservar vínculos fraternos</b>	La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d)	No se toma ningún recaudo en este sentido
<b>Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen</b>	"Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple" (art. 621).	Esta posibilidad no se reconoce a las personas concebidas por técnicas de fecundación artificial.
<b>Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico</b>	"Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado" (art. 596).	No hay ninguna norma que exija eso y podría suceder que el niño nunca se entere sobre cómo fue concebido.
<b>Derecho a ser oído</b>	Es un principio general el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (art. 595 inc. f).	No hay una norma así
<b>Adición del apellido de origen</b>	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" (art. 626 y art. 605).	No hay una norma así
<b>Respeto al derecho a la identidad, criterio para elegir al guardador</b>	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" (art. 613)	No hay norma similar
<b>Comunicación, alimentos y apellido de la familia de origen en la adopción simple</b>	En la adopción simple no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen (art. 627).	No hay normas similares

### **3.- Enunciación y alcance del derecho a la identidad**

De acuerdo a 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”<sup>1</sup>. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”.

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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”<sup>2</sup>.
- “Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al *habitat* natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del *habitat* quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122

<sup>2</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm>

<sup>3</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1875.cfm>

En el año 2007, la Presidencia del Consejo Permanente de la OEA solicitó al Presidente del Comité Jurídico Interamericano<sup>4</sup> una opinión sobre el alcance del derecho a la identidad, entendiendo por "alcance" "una precisión que permita delimitar, enmarcar y examinar el radio de acción del tema del derecho a la identidad y definir – en lo posible- hasta dónde llegan sus contenidos propios, cuáles son sus consecuencias e implicaciones jurídicas más importantes y las relaciones que guarda con otros derechos y obligaciones internacionales y las que correspondan en la legislación interna del Estado"<sup>5</sup>. El Comité respondió que "el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos"<sup>6</sup>. Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente.

Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que "preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados"<sup>7</sup>. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

"El derecho a la identidad no puede confundirse con uno sólo de sus elementos. En este sentido tal derecho no puede reducirse a uno u otro de los derechos que incluye"<sup>8</sup>.

Además, "el derecho a la identidad tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, la de constituir un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se

---

<sup>4</sup> El Comité Jurídico Interamericano (CJI), con sede en la ciudad de Rio de Janeiro, es uno de los Órganos a través de los cuales la Organización de los Estados Americanos (OEA) realiza sus fines. El Comité Jurídico sirve de cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región. Además tiene por finalidad el estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

<sup>5</sup> "Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad"; 71º Período Ordinario de Sesiones de la OEA; Río de Janeiro, Brasil; 10 de agosto de 2007; número 4

<sup>6</sup> Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12

<sup>7</sup> *Idem*; número 13

<sup>8</sup> *Idem*; número 14.1

deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad del individuo, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable"<sup>9</sup>. Esto significa que la existencia del derecho a la identidad no está subordinada a otros derechos<sup>10</sup>.

"El derecho a la identidad, a su vez, tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Constituye, por consiguiente, un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades"<sup>11</sup>.

Pero, "si bien es cierto el derecho de la identidad implica otros derechos humanos, ni en un caso, ni en los otros, pierde cada uno de ellos su especificidad y especialidad"<sup>12</sup>.

El mismo Comité Jurídico Interamericano reconoce que "la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica"<sup>13</sup>.

"El Comité Jurídico destaca la importancia de asegurar especialmente el derecho a la identidad del niño, reduciendo así su vulnerabilidad ante eventuales abusos y actuando bajo los principios de "protección especial" e "interés superior" del niño"<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> *Idem*; número 15

<sup>10</sup> *Idem*; número 18.3.1

<sup>11</sup> *Idem*; número 16

<sup>12</sup> *Idem*; número 18.3.4

<sup>13</sup> *Idem*; número 17

<sup>14</sup> Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 18.3.5

#### **4.- El derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad**

El tema del derecho a la identidad genética y biológica ha sido muy trabajado últimamente en nuestro país. Los tribunales nacionales se han expedido sobre este punto en múltiples oportunidades. Se ha llegado a afirmar que, "mediando familia rescatable y vínculos biológicos acreditados, constituye un derecho subjetivo del menor que se agoten las instancias para permanecer en familia; se protegen así su identidad y la relación familiar, en tanto se trata de derechos personalísimos del menor y no se afecta su nombre, si se quiere llegar a mayores extremos en la conclusión"<sup>15</sup>.

Estos principios, emanados de una sentencia del año 1992, han sido repetidos y ampliados hace muy pocos meses por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia contra la Argentina. Allí el Tribunal ha declarado que "los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica"<sup>16</sup>, derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder "contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad"<sup>17</sup>. Llama aquí la atención la Corte la obligación de los Estados de "favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", siendo "una de las interferencias estatales más graves" "la que tiene por resultado la división de una familia". En efecto, "la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales"<sup>18</sup>.

La Corte consideró también que "el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a

---

<sup>15</sup> CNCiv., Sala G, febrero 6, 1992

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112

<sup>17</sup> *Idem*; número 113

<sup>18</sup> *Idem*; número 116

la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”<sup>19</sup>.

Por consiguiente, se afirma, “la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M”<sup>20</sup>.

También podemos recordar la intervención de la representación argentina en el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, con ocasión de la sesión extraordinaria celebrada en marzo de 2007. En aquella oportunidad la Argentina enunció que "el derecho a la identidad está específicamente consagrado, señalándose que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, **al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares** de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia. Los organismos del Estado tienen una labor activa, porque deben no solamente respetar este derecho, sino facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes, facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. **Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres**".

## **5.- No reconocer el derecho a la identidad atenta contra el interés superior del niño**

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice 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” (art. 8, 1)
- “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, 2).

---

<sup>19</sup> *Idem*; número 119

<sup>20</sup> *Idem*; número 123



- “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” (art. 3)

Es decir que, cuando haya alguna diferencia o conflicto de derechos, es el interés superior del niño el que debe prevalecer. Llama poderosamente la atención entonces que, al referirse a las técnicas de fecundación artificial el proyecto de Código Civil 2012 nunca mencione la palabra "identidad" para referirse a los niños, sino sólo para referirse a los que encargan el alquiler de vientres (art. 562) y para hablar de la identidad del donante de gametos (art. 564).

Por otra parte, el Comité Jurídico Interamericano afirma que "la redacción que hace la Convención sobre los Derechos del Niño, no implica necesariamente que los elementos ahí citados sean todos los que corresponden al derecho a la identidad. La frase "incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares..." hace expresa mención de ciertos derechos que no pueden dejar de estar incluidos, pero no cierra necesariamente el círculo del universo de las pertenencias y mucho menos de los indisociables y estrechos vínculos con otros derechos esenciales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad<sup>21</sup>.

## **6.- El derecho a la identidad y los avances científicos y tecnológicos**

En Europa, la evolución de la consideración del derecho a la identidad refleja también la necesidad de proteger a aquéllos que han visto su concepción y nacimiento más complicados, ya sea por las técnicas que los originaron o por circunstancias diversas de los adultos que repercutieron en los niños.

En un principio, el derecho a la identidad fue considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una especie de desprendimiento del derecho a la vida privada, protegiendo intereses vinculados con el nombre, el sexo y el acceso al conocimiento de los orígenes. Así, en el caso "*Odievre v. France*", este Tribunal estableció que "el nacimiento, y en particular las circunstancias en las cuales un niño ha nacido forma parte de su vida privada y, consecuentemente, de la vida privada del

---

<sup>21</sup> Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 14.3

adulto"<sup>22</sup>. Este caso fue el primero de muchos otros, en los cuales el Tribunal encara los temas del derecho a la identidad provocados por o vinculados con las recientes tecnologías de la identificación, como la prueba de ADN. Así, en caso "*Jaggi v Switzerland*" el demandante reclama que no ha podido realizar un análisis de ADN a una persona fallecida para determinar si esa persona era su padre biológico. La Corte resolvió por cinco votos contra dos que había habido una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto por la vida privada). La Corte considera aquí que el derecho a la identidad, que incluye el derecho a conocer a sus parientes, es parte integral del concepto de vida privada. El Tribunal destacó también que la protección de la seguridad jurídica no era suficiente para privar al demandante del derecho de conocer a sus ascendientes<sup>23</sup>.

## **7.- La reparación de las "categorías de hijos"**

El tratamiento del derecho a la identidad, reconocido en el proyecto de Código Civil diversamente según la forma de la concepción de la persona y la fuente de la filiación, nos introduce necesariamente en un tema que considerábamos ya superado: la reparación de las "categorías de hijos", en tanto que diferencia injustificadamente el alcance de los derechos de unos y otros.

En efecto, en el art. 558 el proyecto incorpora las técnicas de reproducción humana asistida como una fuente de filiación autónoma:

"ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

En los fundamentos se sostiene que las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, ameritaría una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. Asimismo, se afirma que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, en tanto que el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

---

<sup>22</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos; "*Odievre v. France*"; 13 de febrero de 2003; párrafo 29

<sup>23</sup> Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos; "*Jaggi v Switzerland*"; 13 de julio de 2006; párrafos 37, 40 y 43

Es decir, las técnicas de reproducción humana asistida se convierten en fuente de filiación en razón de sus "particularidades". Ahora bien, no se especifica cuáles son tales particularidades y sobre todo qué interés superior se impone por sobre el interés de los niños de ver configurados sus vínculos filiatorios conforme a la identidad biológica ya que desde la perspectiva del niño, no existe una diferencia sustancial entre haber sido concebido por naturaleza o por estas técnicas artificiales.

Por otra parte, no se alcanza a distinguir por qué la voluntad procreacional puede justificar la disociación de vínculos genéticos y ello no se puede en la concepción por naturaleza.

La voluntad procreacional como fundamento de la determinación de la filiación supone una alteración de los principios rectores en que se basa el derecho para determinar las relaciones filiatorias. En materia filiatoria, rige el principio biológico, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas.

El proyecto significa un notable retroceso en esta igualdad de todos los niños ante la ley. En efecto, al regular de manera diferenciada la filiación "por naturaleza" y la filiación "mediante técnicas de reproducción humana asistida", se establecen dos estatutos jurídicos para los niños en función de la decisión de los adultos sobre el modo de engendrar.

Veamos en qué consiste ese tratamiento diferenciado:

	<b>Hijos por naturaleza</b>	<b>Hijos por fecundación artificial</b>
<b>Regla general</b>	La filiación se determina por la verdad biológica	La filiación se determina por la voluntad procreacional
<b>Maternidad</b>	Se determina por el parto	Se determina por voluntad procreacional
<b>Posibilidad de reclamar filiación</b>	Puede reclamar la filiación contra su madre o padre biológico	No puede reclamar filiación
<b>Deber de procurar determinar la paternidad</b>	Existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el	No se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto

	<b>Hijos por naturaleza</b>	<b>Hijos por fecundación artificial</b>
	niño es inscripto sólo con filiación materna	sólo con filiación materna.
<b>Posibilidad de impugnar la maternidad o la paternidad</b>	Pueden impugnar la maternidad o la paternidad	No pueden impugnar ninguno de los vínculos filiatorios
<b>Denominación de los vínculos filiatorios</b>	Mantiene la denominación "maternidad" y "paternidad"	No habla de maternidad o paternidad y recurre al genérico "progenitores" o "vínculos filiatorios"

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) estableció en su art. 17, inc. 5: "...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 2 que "Los Estados Partes 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".

Podemos afirmar que en esta parte del proyecto se abandonó el paradigma del respeto y primacía del interés superior del niño, privilegiando una aproximación desde los deseos de los adultos.

### **8.- Propuesta para el Código Civil**

Habiendo comprobado los desaciertos jurídicos y sociales a los que lleva querer sujeta el Código Civil a las prácticas de procreación artificial, se propone igualar para todos los niños los criterios subyacentes al derecho a la identidad (filiación, nombre, derecho a conocer la verdad biológica, derecho a la familia y a la vida privada, etc.).

De regularse en algún momento las prácticas de las técnicas de procreación artificial, siendo concientes de la polémica integral y profunda que estas técnicas plantean en la sociedad argentina, se juzga preferible recurrir a la redacción de una ley especial ya que establecer en el Código Civil distintas categorías de hijos, y diversos reconocimientos de derechos para quienes han sido concebidos de distinta forma, es profundamente discriminador.

Del modo que proponemos, serán las leyes especiales quienes deberán adecuarse al Código Civil, y no éste a contenidos, conceptos y relaciones que, en buena técnica jurídica, corresponde sean desarrolladas en leyes especiales.

**Datos de contacto:**

Nombre del ponente: Lic. María Inés Franck

DNI del ponente: 22.708.609

E-mail del ponente: mariainesfranck@gmail.com

Domicilio del ponente: Av. Federico Lacroze 2336, 4º "A"

Teléfono del ponente: 11-4-4468964

Institución a la que representa: Fundación Latina de Cultura

Página web de la institución: [www.fundacionlatina.org](http://www.fundacionlatina.org)

E-mail de la institución: [info@fundacionlatina.org](mailto:info@fundacionlatina.org)