

AUDIENCIA PUBLICA - PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN – 16 de noviembre de 2012 -USHUAIA

LIBRO SEGUNDO

PONENCIA: DERECHO A LA IDENTIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Introducción:

Reflexionar como sociedad acerca de las alternativas de protección igualitaria en relación a la incorporación de la técnica de reproducción humana asistida como **tercer tipo filial**, genera algunos interrogantes en relación a la protección al derecho a la identidad de los niños nacidos conforme distintas T.R.H.A. heterólogas¹.

Esto es que, cuando al menos un gameto no pertenece a la pareja sino a un donante surge la necesidad de encuadrar el derecho del niño a conocer sus orígenes y las técnicas utilizadas.

El proyecto de reforma del CC recepta el criterio intermedio que permite el conocimiento directo por parte del niño o adolescente de los datos genéticos de quien donó los gametos y requiere de un pronunciamiento judicial que tenga por demostrada la justa causa para acceder a los datos identificatorios del donante.

Pretendo con este trabajo destacar la preeminencia del derecho de los hijos a conocer: el uso de THRA para su nacimiento, que la

¹ La inseminación artificial heteróloga es cuando se utilizan gametos de un donador.

fecundación se realizó material genético de un tercero y los datos genéticos del donante.

Esto es, que el derecho a conocer su origen genético por sobre el derecho de anonimato de los donantes, sea incorporado al art. 564 del proyecto, como responsabilidad primera de los progenitores.

Nociones médicas:

Antes de continuar con el desarrollo creo conveniente agregar a este trabajo las nociones básicas del lenguaje a utilizar, conforme conceptos obtenidos del Glosario, en el informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in vitro” y la “Inseminación Artificial Humanas”, Madrid - España - abril de 1986.-

GAMETO. Célula reproductora o germinal. El Gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo.

GEN o GENE. Unidad básica de la herencia, compuesta por ADN, que ocupa un lugar determinado en un cromosoma.

GENÉTICA. Es la ciencia que trata de explicar la forma en que las características de un ser vivo, son transmitidas a otros de generación en generación; cómo se conservan las similitudes, y cómo surgen las diferencias. La base de esta ciencia, son las leyes de la herencia, pero no la herencia jurídica, sino de la herencia biológica.

GENOTIPO. Cada célula sexual tiene sus propios caracteres, y esos son transmitidos al nuevo ser que se crea al unirse dos células sexuales.

Cuando uno de esos caracteres al ser transmitido, domina en las características del nuevo ser, se le llama genotipo. A esa característica, también se le llama “factor” o “gene”.

Revisión histórica:

El hombre a lo largo de la historia sintió el fuerte designio de la superación. A lo largo de la historia los avances, los descubrimientos trajeron incontables beneficios: la industria, las comunicaciones, los transportes, y todo aquello que hoy consideramos indispensable.

En los distintos ámbitos el crecimiento ha sido sostenido y más aún en la ciencia los avances han creado nuevas realidades en pos de la superación y la búsqueda ineludible de elevar la calidad de vida del ser humano, proyectar la vida al más largo plazo con las mejores condiciones. Los aportes de las ciencias han ocasionado el progreso y colaborado en el desarrollo modificando concepciones, tales como la física, la química, la medicina, la biología, la genética.

El derecho es una ciencia que debe ajustarse siempre a los nuevos tiempos, al nuevo orden, a la nueva realidad de las ciencias y su influencia en el ser humano, en el justiciable, y la debida protección del bien jurídico. A los legisladores les compete el compromiso de acompañar el crecimiento que aportan esas ciencias, manteniendo acorde a las circunstancias, una legislación superadora que las custodie en su ritmo ascendente.

La ciencia brinda aportes y soluciones al marco de los padecimientos humanos. La concepción de un nuevo ser humano no ha quedado afuera de las investigaciones, brindando en la actualidad un nuevo recurso a los problemas de infertilidad, proporcionando mediante técnicas genéticas la posibilidad de la procreación a pesar de deficiencias que hasta el momento resultaban impensables. Muchas parejas acuden a las técnicas que aporta la genética para la concreción del sueño de ser padres.

Las T.H.R.A. y el derecho a la identidad

Respecto a los niños nacidos por T.H.R.A se puede puntualizar que a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y considerando entre los derechos allí consagrados, el denominado DERECHO AL DESARROLLO se encuentra el DERECHO A LA IDENTIDAD: derecho a no ser separado de sus padres, derecho a la educación, acceso a la información, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la recreación y a la cultura.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado en los arts. 7 y 8 de la C.D.N. y en particular el conocimiento de la realidad biológica han tenido en el derecho argentino un desarrollo específico y marcado también una orientación en la legislación extranjera, dado el período vivido en el país en la década de los 70 durante el gobierno militar de facto.

De ahí que la búsqueda de la verdadera identidad por familiares de los desaparecidos provocó un desarrollo específico en nuestro país de este derecho reconocido en la CDN.

Así, la propuesta del Grupo Especial Argentino al momento de la redacción de la Convención², constituido por organizaciones no gubernamentales y observadores de organismos oficiales, en relación al artículo 8 planteaba la siguiente redacción:

1.- *El menor tiene el derecho inalienable a preservar su verdadera y auténtica identidad, legal y familiar.*

2.- *Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares reconocidas por la ley.*

3.- *Cuando un menor sea privado de algunos de los elementos de su identidad, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección necesarias para un rápido reconocimiento y restablecimiento.*

4.- *Los derechos de la familia de sangre para reclamar el reintegro de un menor que haya sido sustraído de la tutela de sus padres o de cualquier persona responsable de su guardia o crianza, deberán ser garantizados por los Estados Miembros. Tanto por la protección penal de los bienes jurídicos afectados como para la restitución internacional obligatoria. El ejercicio de estos derechos, que son considerados irrenunciables, no podrán ser sometidos a términos de prescripción alguna.*

5.- *Los Estados Partes en la presente Convención, garantizarán la extradición de los autores penalmente responsables de las conductas señaladas en los puntos anteriores.*

De igual manera, el derecho a la identidad es contemplado en otros documentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

² luego aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Entre ellos reconocemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que adoptan un criterio restringido del derecho a la identidad, pues se ocupan del nombre y nacionalidad, mientras que la C.D.N. adopta un criterio amplio, como a continuación explicaré.

El derecho a la identidad en sentido amplio comprende tanto el aspecto estático como dinámico. La C.D.N. enumera algunos aspectos constitutivos de este derecho, tales como inscripción del recién nacido, nacionalidad, nombre, conocimiento de su realidad biológica, relaciones familiares.

El sentido amplio del derecho a la identidad fue también destacado en las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en el año 1997, en donde se sostuvo que: ***“La identidad es el resultado de la interrelación de diversos elementos estáticos que conforman al individuo como unidad físico-biológica y factores dinámicos que comprenden aspectos psicológicos, culturales, sociales, religiosos e históricos, que integran la personalidad creando un ser idéntico a sí mismo, único, irrepetible y distinto a los demás, que se proyecta hacia el exterior como sujeto reconocible”.***

El sentido amplio del derecho a la identidad, también fue sostenido en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en el año 1998, al concluirse que ***“El derecho a la identidad no se agota en el nombre, la edad, nacionalidad, etc., sino también comprende una faz dinámica, la pertenencia sociocultural y el específico desarrollo de la vida de la persona”.***

En consecuencia, el derecho a la identidad en la C.D.N. comprende:

a.- Identificación;

b.- Nacionalidad;

c.- Nombre;

d.- Conocimiento de su realidad biológica;

e.- Relaciones familiares;

f.- Otros aspectos. Algunas leyes latinoamericanas y provinciales destacan otros aspectos también comprensivos del derecho a la identidad: a la cultura, a la lengua, a la orientación sexual, lo cual demuestra el sentido amplio del derecho a la identidad. En consecuencia la enunciación de la C.D.N. debe ser entendida en forma enunciativa y no taxativa.

Teniendo presente también que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales, conforme lo establece la **Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO** del 19 de octubre de 2005, nos cabe la responsabilidad de hacer efectiva esa tutela y permitir el desarrollo integral de la vida del niño, permitiéndole conocer el uso de THRA para su nacimiento, el material genético de un tercero utilizado y facilitarle el acceso a la información genética sin necesidad de pronunciamiento judicial.

Posición del niño en la adopción respecto el derecho a la identidad:

En nuestro país la ley de adopción contiene previsiones respecto a la realidad biológica y también se remarca que “**deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al**

adoptado su realidad biológica”, condición que no se establece para el niño nacido por TRHA, colocándolo de esta manera en situación de desigualdad pues no le comprende a los progenitores tal obligación ni tampoco acceder a los datos del donante conforme su deseo.

Estaremos dando origen a un nuevo grupo de ciudadanos en situación de vulnerabilidad?

Fundamentos:

A partir de la concepción, el cigoto adquiere una individualidad que le pertenece y que lo hace distinto del resto. Es otro con relación a los progenitores. Es un ser en sí mismo. Alguien único e irrepetible, alguien digno de respetar por el derecho a la vida misma, desde el comienzo hasta el fin de sus días, que al decir de Ortega y Gasset es “**el derecho a realizar en su vida algo que es su destino, no el de otro**”.

El derecho a la identidad que le viene a la persona desde el derecho a la vida misma, contiene en forma implícita la posibilidad de poder gozarla en toda la extensión desde el momento mismo de la concepción, sin limitaciones y con toda la fuerza y tutela que su derecho impone.

El acto de donar material genético brinda la posibilidad de cumplir una nueva performance en otro organismo viviente al que le está concedido entrar en la etapa de su reproductibilidad técnica gracias al concurso de las ciencias médicas³. La biomedicina actual ha sabido

³ CECCHETTO S. Visiones de la corporeidad humana y transplante de órganos, en: HOOFT P. F., CHAPARRO E., SALVADOR H. (comp.). VII Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética. Mar del Plata, Suárez, 2001: 141-153

sacar partido de este dualismo racionalista y el éxito está a la vista al poner en valor unos restos mortales que, desde su punto de vista productivo, no tenían utilidad ninguna fuera del cuerpo humano conforme la tradicional concepción de reproducción humana.

En este sentido le cabe al donante la noción que la práctica científica de técnica humana de reproducción asistida, le permite trascender aún encontrándose ausente la voluntad procreacional pues le autoriza al ser humano permanecer en nuevas generaciones a quienes les incumbe, como derecho primigenio, el conocer las características que le han venido transmitidas y que así se sucederán a su prole de generación en generación, con todas las similitudes y diferencias. Todo lo que conforma su herencia genética, a la que no está autorizado a acceder pues una vez producido el nacimiento será emplazado como hijo de acuerdo a la voluntad procreacional, quedando limitado el acceso a la información que conforma su propia historia, su identidad en la faz dinámica conforme el art. 8 de la CDN.

Por todo ello solicito la incorporación del derecho del niño a la información respecto a las circunstancias de su nacimiento, en cuanto a las THRA, la donación por parte de un tercero y el acceso a la identidad genética le vino impuesta.

María Teresa Catoira

- Instituto de derecho privado- Escuela Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego.
- Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Tierra del Fuego.

