

El derecho a la identidad en el nuevo Código

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 en el siguiente cuadro, que compara 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.

2.- Cuadro comparativo

	Niños adoptados	Niños concebidos por procr. art.
Derecho a la identidad como principio general	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
Primacía de la familia de origen biológico	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
Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen	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
Conocer los orígenes biológicos	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).
Preservar vínculos fraternos	La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d)	No se toma ningún recaudo en este sentido
Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen	"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.
Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico	"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.
Derecho a ser oído	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
Adición del apellido de origen	En la adopción plena, se contempla la posibilidad de que "excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del	No hay una norma así

	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).	
Respeto al derecho a la identidad, criterio para elegir al guardador	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
Comunicación, alimentos y apellido de la familia de origen en la adopción simple	En la adopción simple no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen (art. 627).	No hay normas similares

3.- Qué es el derecho a la identidad:

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"¹. 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"².
- "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"³.

4.- Cuál es el alcance del derecho a la identidad

Afirma el Comité Jurídico Interamericano 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"⁴. Esto

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

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

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

⁴ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12

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”⁵. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

El mismo Comité 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”⁶.

5.- El derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia contra la Argentina, ha declarado que “los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica”⁷, 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”⁸. 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”⁹.

La Corte consideró aquí 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 la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”¹⁰.

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”¹¹.

6.- 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:

⁵ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 13

⁶ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 17

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 113

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 116

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 119

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 123

- “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).
- “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).

El **Código Penal** impone prisión de 2 a 6 años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare” (art. 139, inc. 2).

7. Propuesta de reforma al anteproyecto

- Suprimir el **artículo 559** (certificado de nacimiento)
- Reemplazar el **artículo 562** del proyecto por el siguiente: “Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”.
- Reemplazar el **artículo 563** por el siguiente: “Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”.
- Eliminar las referencias a las **técnicas de reproducción humana asistida** del proyecto de Código Civil contenidas en los siguientes artículos: 529 (Parentesco. Concepto y terminología); 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento); 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida); 561 (Voluntad procreacional); 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida); 566 (Presunción de filiación); 567 (Situación especial en la separación de hecho); 569 (Formas de determinación); 570 (Principio general); 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida); 577 (Inadmisibilidad de la demanda); 582 (Reglas generales); 588 (Impugnación de la maternidad); 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley); 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley); 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley); 593 (Impugnación del reconocimiento); 2430 (Caso de adopción); 2631 (Jurisdicción); 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero)