

PONENCIA: “EL DERECHO A LA IDENTIDAD, SU VULNERACION. REFORMA DEL VINCULO DE FILIACION”

Introducción

Esta ponencia trata de hacernos pensar sobre las posibles modificaciones que se introducirían, en una de las fuentes normativas más importantes de nuestro país. Por la necesidad de ser breve tuve que elegir uno de los temas de las numerosas modificaciones que están propuestas, aunque confieso mi gran preocupación por otras tantas no sola la que tratare de analizar.

En el momento de su elaboración nuestro Código Civil, fue de avanzada, legislando sobre temas que otros no contenían. Nuestro codificador fue un visionario en numerosos temas, por mi parte resalto lo referente a cuestiones relacionadas con la persona y el derecho de familia. Dejando de lado, en numerosas veces las fuentes consultadas, en ocasiones expresamente dicho por el. Para el momento histórico que transcurría nuestra patria Vélez Sarsfield realizo un trabajo fundamental a la hora de pensar el código como uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

El espíritu del código y su sistematización están en juego a mi entender con esta reforma; pues no se trata a mi juicio de esto. Pues de ninguna manera se puede ver estos artículos en nuestro código, sin caer en contradicciones y vacíos legales que en temas tan delicados como en derecho de familia generarían grande desconciertos y desigualdades. Sin contar que nada tienen que ver con nuestras costumbres y cultura. El claro ejemplo de lo antes mencionado fue la ley de matrimonio igualitario, que dejó más contradicciones y problemas que soluciones.

No olvidemos que nuestro país en el artículo 1 de la Constitución Nacional, uno de los pilares de la organización del país, reza el sistema de gobierno REPUBLICANO y FEDERAL. Este tipo de reformas que solo tienen en mira una pequeña porción de la sociedad, más aun de una realidad muy acotada; desgaja las bases culturales mas profundas de nuestro ser como país, de miles de familias que ven sus derechos afectados en pos de una reforma en muchos casos innecesaria. Pensarnos como país en este momento histórico del bicentenario de nuestra patria debería llevarnos a buscar el “bien común” por sobre los intereses políticos o de determinados sectores. Debemos de pensar en que país le dejaremos a nuestros hijos, si ellos podrán decir orgullosamente ser argentinos.

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*”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”

“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”.

En el año 2007, la Presidencia del Consejo Permanente de la OEA solicitó al Presidente del Comité Jurídico Interamericano⁴ 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”⁵. 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". 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". 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".

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 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"⁹. Esto significa que la existencia del derecho a la identidad no está subordinada a otros derechos¹⁰.

"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"

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".

"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".

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".

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", 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". 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.

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 la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica"

. 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**".

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).

"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.

La reaparición 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 reaparición 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.

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:

Hijos por naturaleza	Hijos por fecundación artificial	
Regla general	La filiación se determina por la verdad biológica	La filiación se determina por la voluntad procreacional
Maternidad	Se determina por el parto	Se determina por voluntad procreacional
Posibilidad de reclamar filiación	Puede reclamar la filiación contra su madre o padre biológico	No puede reclamar filiación
Deber de procurar determinar la paternidad	Existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna	No se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna.
Posibilidad de impugnar la maternidad o la paternidad	Pueden impugnar la maternidad o la paternidad	No pueden impugnar ninguno de los vínculos filiatorios
Denominación de los vínculos filiatorios	Mantiene la denominación "maternidad" y "paternidad"	No habla de maternidad o paternidad y recurre al genérico "progenitores" o "vínculos filiatorios"

CONCLUSION

El derecho a la identidad comprende no solo el aspecto físico o biológico de una persona sino también el aspecto espiritual, político, profesional, cultural, entre otro, a través de l cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad. El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad y que ésta sea “un ser en sí mismo” diferente a los otros, constituye, la identidad personal. Por lo tanto, el derecho a la identidad comprende: el derecho a conocer los orígenes u obtener información sobre la identidad genética, y el derecho a obtener emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica denominada identidad filiatoria. El derecho a la identidad comprende, pues, una faz estática y una faz dinámica que hacen a la identidad de una persona.

El derecho a la identidad se relaciona, a su vez, con el derecho a la verdad; derecho a conocer su realidad biológica, el derecho a conocer su origen (identidad biológica) y que este sea concordante con su estado filiatorio. El derecho a la verdad es un derecho implícitamente reconocido por

nuestra Constitución Nacional (artículo 33). El derecho a la identidad tiene que ser reconocido como uno de los pilares de nuestra organización social. El interés particular de los involucrados como el familiar y el social así lo exigen; derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos en proteger dicho derecho.

Nombre: Silvia Ester Luna

Profesión: Abogada

Contacto : silvialuna01_36@hotmail.com

Miembro de la Comisión de DERECHO A LA VIDA (colegio de abogados de Tucumán)

la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”¹⁹. 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”²⁰.

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**".

LIBRO II

RELACIONES DE FAMILIA

TITULO V FILIACION

CAPITULO 1 Disposiciones Generales

“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”.

CAPÍTULO 2: Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

“ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio*

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

El derecho a la intimidad es mencionado en el artículo 52, aunque parece asimilado al derecho de imagen, cuando ambos tienen contenidos diferentes.