

# El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el proyecto de Código Civil

## 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.

## 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”<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>.

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

## **La reaparición de categorías de hijos**

1.- Fecundación Artificial como fuente de filiación y la afectación del derecho a la identidad

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:

- Las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación.
- La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.

- 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.

En síntesis, esta propuesta del proyecto de Código Civil 2012 vulnera el derecho de los niños a la identidad, reconocido por la Convención sobre los Derechos del niño (arts. 7 y 8).

## 2. La reaparición de las categorías de hijos, violación de la igualdad

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.

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".

En la Comisión de Derecho de Familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se aprobó por unanimidad un despacho que sostiene: "De lege lata y de lege ferenda: La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional".

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

### 3.- Algunos dilemas no resueltos en materia filiatoria

El proyecto de Código Civil 2012 impone a todos los hijos concebidos por fecundación artificial vínculos filiatorios que son independientes de quienes aportaron el material genético y que surgen de la llamada "voluntad procreacional". Ello surge de los artículos 566 y 569 (filiación matrimonial) y 570 y 575 (filiación extramatrimonial).

Sin embargo, algunos dilemas jurídicos que podrían ocurrir y que el proyecto no resuelve son:

a) Mujer casada cuyo marido no consiente: no queda claro cómo se resuelve la situación si se trata de una mujer casada, que recurre a técnicas de fecundación artificial por sí sola sin consentimiento del marido. Queda claro que el marido no tiene vínculo filiatorio con el hijo concebido. Sin embargo, el hijo así concebido sería emplazado en una filiación "matrimonial" pero sin padre.

b) Madre sola: el proyecto admite que un niño sea concebido por una mujer soltera con gametos de un varón que quiere permanecer en el anonimato de modo que el hijo será deliberadamente huérfano de padre y estará totalmente desprovisto de acción para reclamar filiación (art. 577). No se alcanza a ver las razones por las cuales en este caso se admite que los varones se desentiendan de la filiación y se prive al niño de la relación jurídica con uno de sus progenitores.

#### 4. Propuesta de reforma al anteproyecto

- Reemplazar el artículo 19 del proyecto por el siguiente: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.
- Reemplazar el artículo 57 del proyecto por el siguiente: “ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”.
- 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).
- 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”.