

El problema del Derecho a la Identidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: José Miguel Cruz. Estudiante, Universidad Católica de Santiago del Estero, Departamento Académico San Salvador de Jujuy.

Este trabajo de ponencia fue defendido en las pasadas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la ciudad de Bahía Blanca, Buenos Aires, con el aval de la Dra. Hilda Fernández (Prof. Titular de Derecho Civil IV de la Universidad Católica de Santiago del Estero – Sede JUJUY).

Resumen

El presente trabajo se presenta con la modesta intención de resaltar uno de los desaciertos del código civil en materia de filiación e identidad: la adopción de un sistema que restringe el acceso a la información identificatoria del donante al concebido por las técnicas de reproducción humana asistida. Con apoyo en la legislación y la jurisprudencia pertinente es que se propone una eventual reforma del art. 564 adoptando un régimen más favorable al concebido por las técnicas de referencia en concordancia con el sistema de derechos humanos.

Palabras clave

Filiación – Identidad – Técnicas De Reproducción Humana Asistida – Código Civil Y Comercial – Artículo 564.-

Presentación

El Código Civil de Vélez contemplaba dos clases de filiación: por naturaleza y por adopción. Vélez reguló en el Código Civil originario la filiación por naturaleza y, recién en el año 1948, ingresó al ordenamiento jurídico argentino la figura de la adopción a través de la ley 13.252. Ahora bien, la cuestión de las técnicas de reproducción asistida no representa una novedad de estos días. En efecto, el primer registro de una inseminación artificial con donante data del año 1884 en Estados Unidos. Tuvo lugar en el Estado de Filadelfia (USA) y fue llevada a cabo por William Pancoast en el Jefferson Medical College. En la ocasión, un adinerado comerciante le expuso al profesional su imposibilidad para procrear y éste vio una oportunidad para probar un nuevo procedimiento. Tiempo después, la esposa del paciente fue anestesiada y ante una audiencia de estudiantes de medicina, la señora fue inseminada y nueve meses más tarde nació un niño¹.

Desde este hecho en particular y a la par del desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) por la ciencia médica, largo ha sido el camino hacia la inclusión de las TRHA al nuevo código civil argentino.

Ya el anteproyecto de código civil y comercial 2012 nos era revelado con importantes cambios en el ámbito del Derecho de Familia y con la inclusión de las TRHA en su contenido. Mucho se debatió al respecto y tras muchas idas y vueltas se fue arribando a la conclusión que hoy vivimos, la sanción y promulgación del entonces proyecto de código civil y comercial que se transformó hoy en día en ley vigente – desde el pasado primero de agosto - transformando para siempre algunos paradigmas y *aggiornando* varias instituciones.

Recordemos también el no tan lejano intento de regular las TRHA que fue la ley 26.862. Ley que fuera criticada en su momento por no ser una ley de regulación integral sino una de acceso a la cobertura médica a las técnicas a las cuales define como *todos aquellos procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo*. Fue esta ley junto a su decreto reglamentario las que pusieron en la escena jurídica este controvertido tema.

En aquel momento, no se regularon las técnicas de TRHA debido a lo enredado del asunto y especialmente en atención a los grandes “dilemas” que se presentan a la hora de hablar de las técnicas de referencia.

Sin lugar a dudas que las TRHA han calado profundamente el nuevo Derecho de Familia. Hoy en día, la inclusión de las TRHA ha generado y generará nuevos debates y desafíos, pero pone a prueba además, la vocación de Justicia en la defensa de los Derechos Fundamentales de la persona, entre ellos, el derecho a la identidad. Es por ello y en el afán

¹ Hard AD, Artificial impregnation. Med World, 1909, p 27-163. Citado en: MENDIOLA OLIVARES Jaime Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. Revista Iberoamericana de fertilidad vol. 22 – Nº 1. Cartagena (España), 2005. Pág. 16.



de delimitar el tema de estudio de la presente ponencia que me ha llamado la atención como tema a desarrollar la delicada cuestión del empleo de estas técnicas a partir de material genético donado por terceros y la posibilidad del conocer los orígenes del concebido por las TRHA.

De las novedades en materia de filiación

En general, se ha definido a la filiación como *“el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”*². También se la suele definir como *“un vínculo biológico - jurídico que une a una persona con sus progenitores, interdependiente y recíproco, dada la correlatividad del estado de familia”*³. Actualmente se ha dicho que la filiación es *“la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia”*⁴.

Como se advierte, desde la concepción de la filiación como vínculo jurídico se ha pasado a la de institución jurídica; quizá en orden la inclusión de las TRHA en el código y más aun a la luz del no libre de objeciones concepto de *“voluntad procreacional”* que se ha instituido.

En su momento, muchos se preguntaron si era necesaria la incorporación de una tercera fuente filial al nuevo código civil y comercial. Algunos autores como Sambrizzi, han sostenido que *“la procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación que aquella cuya fuente es la naturaleza, pudiendo también producirse la filiación por naturaleza por la practica de una relación sexual natural. En efecto, sea que la fecundación del ovulo por el espermatozoide se produzca por relación sexual o mediante una de las varias técnicas de procreación asistida, es la naturaleza la que en ambos supuestos actúa para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano dotado de todo lo necesario como para continuar desarrollándose en forma gradual hasta producirse el nacimiento”*⁵. Sin embargo, la realidad ha mostrado que estas técnicas si ameritaban la apertura de un nuevo capítulo en el campo del derecho de familia. De hecho, las técnicas ya se llevan a cabo en nuestro país⁶ y la ausencia de una regulación de las TRHA, en el contexto de los tiempos que corren, se presenta como una demanda del mismo ordenamiento jurídico principalmente a los efectos de dar respuesta e imponer los límites éticos a la realización de las TRHA. Recordemos que aunque se haya

² BOSSERT Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A., Manual de Derecho de Familia. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 439.

³ MENDEZ COSTA María Josefa, Derecho de familia: Tomo II. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, 2010. Pág. 9.

⁴ RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ed. La Ley. Bs. As., 2014.

⁵ SAMBRIZZI Eduardo A., La voluntad procreacional. La reforma del código civil en materia de filiación. En La Ley del 03-11-2011. Págs. 1 y ss.

⁶ Datos estadísticos elaborados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLA), difundidos en 2012, informan que en el país hay un total de 25 centros de salud en los que se realizan TRHA. Puede consultarse on line: <http://www.jbra.com.br/media/html/JBRA1081.html>.



regulado la cobertura, no hay al día de la fecha una norma integral que regule estas técnicas. Ya en orden a la norma jurídica, se establecía en el **art. 240** del código de Vélez: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código*".

A partir de la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial, se dispone en la primera parte del nuevo **art. 558**: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción*". De esta manera, se inaugura como tercera fuente filial, las TRHA.

Ahora bien, ya en la segunda parte de la nueva norma se establece que: "*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*". De esta manera se ha procurado equiparar en cuanto a los efectos que derivan de ellas, las diferentes fuentes de la filiación. Esto debe tenerse muy presente en el sentido que si bien en la norma se pretende asegurar una suerte de igualdad en cuanto a los efectos, el tratamiento diferenciado en cuanto al derecho a conocer los orígenes del concebido por las THRA en relación a quienes han sido concebidos naturalmente y quienes han sido adoptados permite afirmar lo contrario.

En efecto, en relación al derecho a conocer los orígenes, llama la atención lo dispuesto en el art. 564 que se refiere al contenido de la información a la que puede acceder una persona nacida por las TRHA. La norma en cuestión dispone que "*A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud, b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local*".

A partir de la lectura de la norma en cuestión, es que debemos plantear algunos interrogantes: ¿Cómo se ampara el Derecho a la Identidad del concebido por éstas técnicas? ¿Puede conocer libremente la identidad del donante? ¿Cuál es el contenido de la información a la que puede acceder? ¿Qué herramientas tiene a tal fin?

La respuesta a estos interrogantes los encontramos adentrándonos ya en el segundo capítulo del título V del libro II del nuevo código. En este título, se han establecido algunas normas básicas relativas a la filiación por TRHA. En relación a las personas concebidas por estas técnicas, el artículo 563 se nos presenta en los siguientes términos: "*La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento*".

Esta disposición guarda coherencia con lo acontecido jurisprudencialmente en el año 2014, año en que a los fines de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho



reconocido en el art. 8 de la Convención de los derechos del Niño - referente a la identidad -, se hizo lugar parcialmente a la demanda de amparo entablada contra el Estado Nacional, ordenando a éste por sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo y Federal a que a través del Ministerio de Salud de la Nación, arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de ser utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente⁷.

Este precedente no solo es importante a los efectos de la protección de los datos del donante en este tipo de procedimiento, sino que ha consagrado la necesidad de asegurar la guarda de esta información no solo en el seno de los centros donde se llevan a cabo las TRHA por donación de material genético sino en el ámbito del Estado Nacional mediante el Ministerio respectivo.

Es así que puede decirse que esta disposición representa un acierto a los efectos de la tutela del derecho a la identidad del concebido por las TRHA pero surge otro interrogante: ¿es suficiente?

Respondiendo a este interrogante, se ha interpretado que *conforme la letra del art. 563, parecería que abastecer el derecho a la identidad de la persona nacida mediante TRHA el hecho de que conste en el legajo de inscripción que fue concebido de esa manera, con la utilización de material genético de una tercera persona [...] Pero de la lectura de la norma citada, sólo esto sería suficiente para la ley para el goce del derecho referido, solución que no parecería idónea ya que esto solo no responde todos los interrogantes que pueda tener una persona que desea conocer su procedencia*⁸. Concordantemente, puede decirse que a una persona que desea completar el conocimiento de su identidad no le es suficiente el hecho de conocer que ha sido concebido por estas técnicas. Una adecuada protección del derecho a la identidad demanda el conocimiento del dato genético.

Cabe destacar que en las pasadas XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Universidad Nacional de Tucumán en el año 2011, en la comisión de familia, se arribó a siguiente conclusión: *los niños tienen derecho a que, en la medida de lo posible, se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social, y jurídica)*. El dato genético ciertamente forma parte del derecho a la identidad del menor. Es más, el

⁷ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo y Federal, Sala V, 29-04-2014, C., E. M. y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Salud.

⁸ ANGELOZZI Lucía Belén Alonso, Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y el derecho a la identidad: su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ponencia presentada en las “Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil) Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. Disponible on-line: <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=7>



hecho de conocer la identidad del donante en las TRHA por donación de material genético de terceros completa el ejercicio del derecho a conocer los orígenes y en consecuencia el derecho a la identidad.

Es menester recordar que según se desprende del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud es un *“estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*. En consecuencia, puede uno preguntarse si la sola invocación del derecho a la identidad sería considerada *“razón debidamente fundada”* a los efectos de que le sea revelada la identidad del donante. Estimo que sí. Máxime si el desconocimiento de la identidad del donante para los concebidos por estas técnicas puede llegar a implicar una afección a aquel completo bienestar que es la salud. En los términos así planteados en el art. 564, entiendo que resultará poco probable que se niegue el acceso a la información a las personas concebidas por las TRHA puesto que no es fácil concebir sólidos argumentos en contra del pedido de información que haga el interesado.

Resulta difícil concebir la existencia de un texto restrictivo como el del art. 564 del nuevo código a la luz de la historia nuestro país. En efecto, no debemos olvidar que muchas de las páginas más oscuras de la memoria de la República Argentina han sido escritas en grandes tramos con la sangre de sus hijos. Consecuentemente, tampoco debemos olvidar que antes de la última vuelta a la democracia se han vivido horrores que han avasallado el derecho a la identidad – entre otros – de quienes aún al día de hoy reclaman conocer sus orígenes. Tanto ha sido el impacto de su reclamo que por ley 25457 se ha instituido la *“Comisión nacional por el derecho a la identidad”*. Los recuerdos de hechos como éste son los que no solo deben impedir toda prohibición del acceso a los orígenes de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida con material genético de terceros, sino que también debe impedir todo tipo de restricción al acceso de la información. La memoria no debe dejar atrás que aun el día de hoy hay personas que despojadas de su pasado. Y vale preguntarse si no es injusto que mientras se hacen encomiables esfuerzos por ayudar a completar la identidad de quienes son hijos de desaparecidos – lo cual es un significativo logro – se impongan restricciones al conocimiento de la identidad de los concebidos por las TRHA.

En este sentido, al día de hoy, ya se han presentado casos de personas que claman por su derecho a conocer su identidad. Fue conmovedora la petición que una persona nacida por ovodonación le hizo a los donantes en este tipo de procedimientos a través de un video en internet hace no mucho tiempo: *“Y, por último, pedirles - a los donantes - que no nos tengan miedo: si quienes nacimos a partir de la donación los buscamos es simplemente para conocerlos y terminar de conocernos a nosotros mismos, para completar nuestra identidad”*⁹. Este conmovedor hecho nos permite asumir que la donación de material

⁹ Publicado en diario La Nación el 28-05-2012. *“La conmovedora lucha por la identidad de los nacidos por ovodonación”*. Disponible on-line: <http://www.lanacion.com.ar/1476084-la-conmovedora-lucha-por-la-identidad-de-los-nacidos-por-ovodonacion>



genético para la realización de los procedimientos destinados a concebir un hijo no es una cuestión meramente científica, sino que representa una delicada cuestión que involucra derechos personalísimos. Hace no mucho, también salió en los medios digitales una noticia bajo el título “*Fue donante de esperma cuando era joven y ahora lo buscan decenas de sus hijos*”¹⁰. Lo cual nos lleva a la reflexión acerca de los excesos que pueden darse en caso de no existir un control adecuado al momento de la realización de las TRHA.

Los niños deben ser respetados en sus derechos y a la luz del interés superior del niño¹¹ es que se debe anteponer el derecho superior del niño al del donante y principalmente al deseo de los adultos. No es casual que se haya alegado que en esta materia –fecundación heteróloga–, uno de los mayores sufrimientos de los niños concebidos por este medio es la consecuente perturbación de su derecho a la integridad personal ya que no ha podido completar el conocimiento de los rasgos de su identidad¹². En estos casos se puede apreciar como es que la identidad queda repartida en varios fragmentos. En efecto, cabe la posibilidad de que la identidad genética pueda ser compartida por un importante número de personas que hayan sido con el material genético del donante con todo lo que esto implica. Tal es así que podría llegarse a dar el supuesto de que un adolescente que no conoce completamente su identidad genética – al no haberse autorizado que se le revele la identidad del donante – se enamora de otra persona y juntos planifiquen un proyecto de vida pero luego resulta que compartían la identidad genética porque habían sido gestadas con el material genético de una misma persona. Es más, resulta que ambas personas habían sido formadas en fecundos principios propios de su religión y que para ellos esta situación de enamorarse con el amor de noviazgo resulta algo impropio si comparten un vínculo biológico con una misma persona que – en otras circunstancias – podría considerarse como su “padre”. Creo de la lectura del ejemplo que antecede puede verse con más claridad cual es uno de los inconvenientes con esta tesis intermedia.

Como he adelantado, el hecho de que el concebido por las TRHA pueda conocer sus orígenes genéticos constituye una dimensión del derecho a la identidad. Empero, ¿qué entendemos por derecho a la identidad?

¹⁰ Publicado en diario digital Diario 24, sección El mundo el 16-07-2011. “Durante tres años donó semen todas las semanas y ahora tiene más de 40 hijos”. Disponible on-line: <http://www.diariouno.com.ar/mundo/Fue-donante-de-esperma-cuando-era-joven-y-ahora-lo-buscan-decenas-de-sus-hijos-20110719-0022.html>

¹¹ El interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los derechos del niño representa un principio con jerarquía constitucional, máxime a partir de la reforma de 1994. Además es menester recordar que la ley 26.061 de “protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, establece en su art. 1º que *los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*.

¹² Puede verse al respecto: MARQUARDT, Elizabeth, My daddy's name is donor. Institute for American Values, Washington, 2010, puede consultarse en: <http://www.americanvalues.org/search/item.php?id=25>

La identidad como derecho humano

Se ha dicho con razón que la primera afirmación sobre las ciencias del hombre ha de ser la de la *indiscutida existencia de una naturaleza humana* y por ende, de *una ley natural derivada de esa misma naturaleza* y que es *norma segura de su obrar y de su acción* y por ello la libertad del hombre, la dignidad de la persona humana y la ley natural han de ser las bases de toda política digna de tal nombre¹³. Es precisamente de esa naturaleza y de su dignidad y libertad que derivan los llamados derechos naturales del hombre o derechos necesarios; es a partir de allí que hablamos de Derechos Humanos y por ende, del derecho a la identidad. Tal es así que, en opinión del **Comité Jurídico Interamericano**, *“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”*¹⁴.

Para Fernández Sessarego, la **identidad personal** es el *“conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro”*¹⁵. Entre aquel conjunto de características, el dato genético en las personas concebidas por las TRHA cobra un valor primordial por cuanto su conocimiento importa conocer la “raíz” de la identidad para una adecuada proyección al futuro. Proyección que demanda descansar sobre la realidad y no sobre ilusiones.

Entre los fallos de la **Corte Suprema de Justicia** es válido recordar el voto en disidencia del Dr. Petracchi en el caso “Muller”, donde se ha afirmado que entre los derechos implícitos consagrados por el art. 33 de la Constitución *“debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –aprehendido– permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particular-mente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”*.

En el ámbito del Derecho Internacional también encontramos sendas protecciones del Derecho a la Identidad. Es así que según la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, el derecho a la identidad *“puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de*

¹³ CERRO Francisco, Introducción a la Ciencia Política. Ed. UCSE. Santiago del Estero, 2005. Pág. 359.

¹⁴ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12.

¹⁵ FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992. Págs. 99 y ss.



*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*¹⁶. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”. Como se evidencia, el derecho a conocer los orígenes biológicos representa una parte sustancial de la “propia identidad” y el conocerse a uno mismo es un requisito para el efectivo goce del derecho en cuestión. Insisto en la idea de que este goce debe ser libre de todo tipo de restricciones legales.

En el mismo orden de ideas y, en relación a los niños, ¿no puede considerarse el art. 564 como una injerencia ilícita en el goce efectivo del derecho a la identidad? La respuesta a éste interrogante la encontramos en el texto de la **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, cuyo artículo 8, dispone: “1. *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.* Respecto a la cuestión de preservar la identidad, es cierto que se asegura la preservación de la identidad a través del guardado de los datos de la persona cuyo material genético se ha utilizado en las TRHA y es se trata de una obligación impuesta al Estado. Sin embargo, como lo adelanté, no es suficiente a los efectos de una adecuada tutela del derecho a la identidad y más razón asiste a esta afirmación cuando tomamos en cuenta el restrictivo carácter del art. 564.

Siguiendo con el texto del art. 8 de la convención, se ha establecido 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 el indeclinable entendimiento de que la identidad representa la prueba de la existencia de una persona como parte de un todo, que es la sociedad; me permito insistir en la idea de que en consecuencia, es obligación del Estado no solo el respeto por la preservación de la identidad del menor sino también el garantizar el acceso al conocimiento de toda la información que sea inherente a su identidad. Por ende, cualquier restricción podría interpretarse como una injerencia ilícita.

A estas alturas, no cabe duda alguna que la identidad es un derecho humano fundamental que merece la protección del estado y más nos convence en tal afirmación la segunda parte del art. 8, que establece que “*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*

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.



y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Este y otros deberes asumidos por la República argentina en tratados internacionales permiten afirmar que las normas del título quinto del nuevo código, deben ser interpretadas a la luz de los preceptos y declaraciones invocadas. Y es a la luz de estos preceptos y de las normas de derechos humanos – entendido como un sistema – que debemos indagar acerca de lo injusto de este trato diferenciado que se observa en el art. 564 y preguntarnos si la adopción de este sistema “intermedio” se justifica y si aprueba el test de constitucionalidad.

La inconstitucionalidad del art. 564

Ante la pregunta obligada: ¿Las personas que nazcan debido a la donación de esperma van a poder conocer su identidad?, se ha argumentado que: *“Hay que diferenciar. Información no identificatoria, como datos de salud, siempre van a poder tener. Pero para conocer el nombre, apellido y demás (del donante) siempre tiene que haber un fundamento y un derecho que esté comprometido. De lo contrario, la gente no donaría y estos propios chicos no hubieran nacido. Si estos chicos nacen, es porque alguien donó. Si la donación no es anónima o no tiene cierta restricción, la gente no va a donar y el sistema no va a funcionar. Uno tiene que sopesar derechos”*¹⁷.

De la lectura del art. 564, en relación al derecho a la identidad, como lo he venido anticipando, se desprende una injustificada restricción en perjuicio del concebido por las TRHA con material genético de terceros. En efecto, para acceder a la información identificatoria del donante, deberá solicitarla mediante un procedimiento ante el órgano jurisdiccional. Solo en el caso de que el interesado acredite *“razones debidamente fundadas”*, podría acceder al conocimiento de la identidad del donante. Considero que una correcta interpretación del texto así planteado se traduce que, en todo caso, la sola invocación del derecho a la identidad tendría que ser suficiente razón para acceder a la identidad del donante. Esto en razón de que éste último comparte la identidad genética con el concebido a partir de su material genético y ese dato genético forma parte de la “identidad” a la que se debe poder acceder de manera irrestricta.

Ahora bien, es dable recordar que – en relación al derecho a la información en este tipo de procedimientos – en el mundo, se reconocen sistemas que reconocen la protección del anonimato absoluto del donante¹⁸ en contraposición a aquellos sistemas que prohíben este tipo de técnicas o permiten en todos los casos el acceso a la información identificatoria del donante¹⁹.

¹⁷ Entrevista a la Dra. Marisa Herrera publicada en el Tribuno de Salta el 04-10-2012. “Marisa Herrera: ¿El embrión no implantado en el útero de la madre nunca va a ser persona?”. Disponible On-Line: <http://www.eltribuno.info/marisa-herrera-el-embrión-no-implantado-el-útero-la-madre-nunca-va-ser-persona-n208440>

¹⁸ Tal el caso de la legislación de Grecia o Dinamarca. Otro ejemplo de este sistema lo representan la ley francesa 94-654 y la Resolución brasileña del Consejo Federal de Medicina de 1957.

¹⁹ Son ejemplos de este sistema la ley sueca de 1984 (insemination act 1140) y la ley austriaca de reproducción médica asistida 275/1992.



Como se adelantó, el código adopta una solución “intermedia” entre el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato. Se afirma que de esta manera se garantiza, por un lado, la existencia de donantes, y por el otro, el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético²⁰, todo ello a la luz del principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta solución no está libre de objeciones. Esta solución intermedia no es aceptable por cuanto en el gran dilema entre el Derecho a la Intimidad del donante y el derecho a la Identidad del concebido por las TRHA debe ser preponderante el derecho a la identidad. Esto por serias razones que a continuación se detallan.

En primer lugar, de los argumentos de esta tesis intermedia se desprende la presunción de que si el donante sabe que sus datos van a ser revelados al concebido por su material genético no donaría. Pero cabe resaltar que con este sistema intermedio también van a ser revelados sus datos identificatorios solo que mediante un procedimiento de por medio. Se trata, en todo caso, de una manera “muy sutil” de decirles a los donantes que sus datos no serán revelados en primera instancia pero que podrán ser revelados luego de un procedimiento judicial en el que el interesado deberá acreditar “razones debidamente fundadas” y de tal manera se regularía en atención al derecho a la intimidad – del donante – y al derecho a la identidad – del concebido por las TRHA con material de terceros – en una suerte de conjunción a la luz del principio de proporcionalidad.

Incluso, se ha admitido que se mantendría el sistema hasta que se instale una “cultura de donación” y a partir de allí tal vez se podría establecer el libre acceso a la información identificatoria del donante²¹. Esto habla de lo falaz del argumento sobre el que descansa el art. 564. Podría uno animarse a afirmar entonces que se va a permitir una restricción en el íntegro goce del derecho a la identidad de los concebidos por las TRHA hasta que se instale la cultura de donación y recién allí restablecer el respeto integral por el Derecho a la Identidad. ¿Esto es legítimo? Acaso esto ¿no es un juego muy objetable de los derechos pugna?

Por otro lado y tomando en cuenta el interés del menor que quiere conocer no solo el medio por el que ha sido concebido sino también la identidad del donante y a la luz del “interés superior del niño” acaso, ¿el art. 564 no devendría mínimamente inconstitucional? Todo por ser contrario a las normas internacionales referidas en el acápite anterior y receptadas mediante el art. 75, inc. 22 en materia de Derechos Humanos. De hecho, la referencia a los diferentes instrumentos internacionales no es casual por cuanto la República argentina adhiere a ellos y se ha obligado a respetarlos y cualquier restricción al derecho a la identidad podría considerarse objeto de un reclamo internacional ante la Corte Internacional de Derechos Humanos en caso de cumplirse los requisitos exigidos por dicha entidad. Para el

²⁰ LORENZETTI Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo III, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2015, p. 521.

²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida; HERRERA Marisa y LLOVERAS Nora, Tratado de Derecho de Familia según el código Civil y Comercial de 2014. Tomo II. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, 2014. Pág. 555.



hipotético caso en que el órgano jurisdiccional considere que el peticionante no ha acreditado “razones fundadas” para conocer la identidad del donante, ¿Qué opciones quedan? Lo lógico sería afirmarse en la existencia de la vía recursiva; empero, ¿cuánto tiempo pasará hasta que un juez decida reconocerle el íntegro ejercicio del derecho a la identidad al concebido por TRHA? Son estas dudas las que ponen en evidencia que el trámite judicial a los efectos de obtener la información identificatoria no se justifica y representa un obstáculo innecesario para quien desea conocer su identidad genética. Una desafortunada novedad para el derecho argentino.

Ahora bien, respecto de los donantes cabe plantearse si el hecho de permitir que su identidad sea revelada es inconstitucional. Claramente que no; en efecto, son los adultos los que deben tomar razón de la responsabilidad que les compete en cuanto al material genético que están donando, incluso en un acto altruista como lo es la donación. El menor concebido por estas técnicas es quien se encuentra en situación de vulnerabilidad digna de tutela y por ende debe primar su derecho a conocer sus orígenes en todo momento. Siempre por encima del derecho a la intimidad del donante. De tal manera, quien dona, debe ser consiente para qué fines lo hace y cuáles son las consecuencias de tal acto. El donante debe estar informado acerca de que existe la posibilidad de que su identidad podrá ser revelada a la persona que ha sido concebida por las TRHA y serán los organismos pertinentes los que deberán garantizar que tal información llegue a los donantes. De esta manera, se evitaría que el acto de donación sea realizado sin pleno conocimiento de su accionar.

Entiendo que a los efectos de una adecuada protección del derecho en cuestión debe establecerse un sistema que asegure el acceso a “toda” la información que forma parte de la identidad del concebido por TRHA; esto en concordancia con sistemas como el de Suiza²² o Suecia²³ por ejemplo. De esta manera si se prestaría una verdadera *asistencia y protección apropiada*.

Después de todo lo reseñado, el obstáculo del art. 564, ¿se justifica? Es por todas las dudas expuestas en los acápites que anteceden que, finalmente, me permito concluir que de **lege lata** el artículo 564 debe interpretarse como contrario al respeto por el derecho a la identidad de las personas concebidas por las TRHA y por ende, la sola invocación del derecho a la identidad ha de ser “razón debidamente fundada” para completar el conocimiento de la identidad de quien fue concebido por TRHA con material genético de terceros. De **lege ferenda**, debe eliminarse todo tipo de restricción ilegítima al acceso a la información sobre sus orígenes biológicos-genéticos que pueda perjudicar el interés superior del niño de los menores y el derecho humano a la identidad de toda persona humana.

²² En Suiza, toda persona tiene acceso a los datos relativos a su ascendencia. Se permite que a la mayoría de edad, el nacido de semen donado pueda obtener los datos relativos a la identidad del donante.

²³ Conforme el art. 4º de la ley, cuando el nacido de TRHA heteróloga alcance la “madurez suficiente” puede consultar el registro de donación del hospital, con el asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social.



Epílogo: El porvenir

El derecho a la identidad en el nuevo código civil ha recibido un injustificado menoscabo pero ha llamado la atención de quienes creemos que el derecho se construye a base de la auténtica justicia y de la buena fe. Es indiscutible el hecho de que el avance irrefrenable de la medicina y las nuevas situaciones jurídicas merecen la atención del legislador pero también es indiscutible el respeto por las normas fundamentales, y una de ellas es el derecho a la identidad. Estas normas fundamentales no solo representan un bello antecedente en la historia del pensamiento jurídico y político, sino que representan un infranqueable límite a políticas legislativas que menoscaben los derechos de las personas.

Es cierto que en la ardua tarea legislativa que desempeñan quienes han sido investidos con la encomiable responsabilidad de plasmar en un código una serie de leyes para toda una población surgen grandes dilemas al momento de regular; pero no debe olvidarse que también es cierto que siempre la balanza debe estar inclinada a favor del más vulnerable, cualquier claro sentimiento de justicia así lo exige. Es aquella ley que se desprende de la dignidad humana la que nos permite afirmar que los derechos humanos no son concesiones del Estado, al contrario, son reconocimientos de derechos que el Estado “debe” reconocer para que la vida de la humanidad se desarrolle conforme a su dignidad y en esa tarea de reconocer y de “progresividad” en materia de derechos humanos no podemos dar pasos hacia atrás y el derecho a la identidad está entre los ya reconocidos.

También es cierto que la sucesión de normas civiles a lo largo de la historia del Derecho Argentino nunca ha presentado tantas novedades como las que nos encontramos en el nuevo código civil y comercial. Pero estas novedades vienen acompañadas de fuertes desafíos a la luz de la Justicia, guía que ilumina los senderos de los jueces a la hora de juzgar pero también el camino de los estudiantes quienes también nos queremos hacer cargo de los reclamos del más vulnerable, del desprotegido, y en este caso de quien desee conocer su “pasado” para “proyectar su vida” adecuadamente hacia su futuro.

Es inevitable que dejemos de preguntarnos “de donde venimos” y “hacia adonde vamos”, lógica consecuencia es que no concibamos la idea de sacrificar este derecho humano sagrado a la identidad. Si bien mucho se ha dicho que en la ponderación de derechos a veces se deben hacer sacrificios, pero ¿todo ello por una política legislativa?; puedo uno preguntarse, ¿vale la pena? Más aun, vale la pena sacrificar este derecho a la identidad en perjuicio del más vulnerable. Por supuesto que no, es más, debe objetarse y debe denunciarse cualquier injusto tratamiento legislativo porque solo así los hombres seremos conscientes de los problemas de nuestro tiempo. Solo así nos haremos cargo de una indiscutible afirmación, me refiero a que el Derecho es un “ensayo de Justicia”.

No por nada se ha conceptualizado a los Derechos Humanos como aquellas *facultades que necesitamos ejercer y las situaciones de las que necesitamos gozar para que nuestra vida se*



*desenvuelva de modo compatible con la dignidad y el valor fundamental de la persona humana*²⁴. Precisamente, son esas facultades las que necesitamos ejercer. Es nuestra la responsabilidad de bregar por el respeto de los Derechos Humanos fundamentales, entre ellos el derecho a la identidad. Todo ello para escribir las páginas más bellas de la historia de la humanidad, páginas donde sus derechos sean una realidad y no solo letra muerta. Y eso también es Derecho.-

²⁴ MUSSO José Antonio. Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional. Edit. UCSE. Santiago del Estero, 2005. Pág. 26.