

## FUENTES DE LA FILIACIÓN—DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

**LILIANA BEATRIZ KOMISARSKI**

Abogado

Profesor Universidad de la Cuenca del Plata

Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas

Cátedra Derecho Procesal Civil. Comercial II

### **PALABRAS CLAVES**

- Filiación.
- Identidad.
- Interés superior del niño.
- Derechos del niño.

### **INTRODUCCIÓN**

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código civil y Comercial de la Nación (CCC), la filiación reconoce a) la Filiación por naturaleza, b) por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (TDRHA), y c) por Adopción.

El Artículo 529.- define: Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.

La existencia de material genético de dos personas en la conformación de una nueva vida los une por el vínculo de la sangre, siendo análogas las formas biológicas y científicas, mientras se equipara la filiación legal constituyendo un vínculo sin lazos genéticos, a través

de la adopción; siendo excepción la adopción del hijo del cónyuge. Una excepción que contempla que mantiene el vínculo biológico y legal con el progenitor y suma la filiación adoptiva de su hijo con el cónyuge o conviviente.

Por ello, se advierte que existen dos fuentes de filiación: por naturaleza y por la ley.

En ambas fuentes prima el derecho a la identidad y el interés superior del niño, con las limitaciones legales que se analizan en la legislación de nacimiento por TDRHA.

### LAS FUENTES DE FILIACIÓN

En la concepción natural, sin discriminación alguna de la existencia de vínculo legal en la pareja heterosexual u homosexual, el hijo nacido de ambos tiene derecho a la doble filiación. Dos progenitores.

A este respecto, la realidad social avanza a mayor velocidad que los cambios legislativos recientemente plasmados, existiendo casos con triple filiación. Mas allá de que la realidad demarque siempre dos progenitores biológicos, la participación de un tercero con voluntad procreacional da la nota distintiva a una imprevisión del nuevo Código, que ha decepcionado el matrimonio igualitario sin prever la posibilidad de que el mismo complete la familia con un hijo.

Así un matrimonio homosexual femenino, podrá decidir procrear con la intervención de un tercero que proporcione el material genético masculino, y esta posibilidad admite dos variables: a) reproducción por TDRHA –donante anónimo- b) reproducción natural –donante conocido-

En el primer caso no genera vínculos con el donante anónimo – Art. 560 a 564 CCC- y en el segundo el progenitor puede requerir participar en el reconocimiento de la paternidad y la crianza del hijo.

Así, el niño nacido de una unión homosexual femenino con participación de un tercero masculino tendrá vínculo biológico con la esposa gestante el tercero, y vínculo legal con la esposa no gestante.

Esto con independencia absoluta de la asunción de la responsabilidad parental por uno, ambos o ninguno. El derecho inalienable,

imprescriptible, intransigible e irrenunciable, aunque no se halle legislado en todas sus variables, y el niño podrá reclamar en todo tiempo su derecho a conocer sus orígenes, Art. 582 CCC.

Ese derecho podrá materializarse en la menor edad mediante la representación necesaria de la madre, en el reclamo filiatorio, pero puede hacerse en todo tiempo por el hijo, por sí, con asistencia letrada, e intervención del Ministerio Público en defensa de sus intereses.

En la TRHA, entran en juego dos nuevos elementos: imposibilidad de procreación natural con gametos propios y/o de la pareja, y la voluntad procreacional previsto en el art. 562 del nuevo Código Civil y Comercial.

Hay incapacidad de aportar material genético por uno o ambos progenitores, teniendo en cuenta que el código solo prevé la posibilidad de la donación de gametos femeninos y masculinos pero la gestación se lleva adelante por la mujer, quien da a luz y por ello se convierte/n en madre/padre del niño. (El padre desde que presta el consentimiento informado).

Los donantes, en el anonimato, se mantienen al margen de la voluntad procreacional.

Los receptores de los gametos, manifiestan su consentimiento informado y la voluntad procreacional al momento de la práctica científica (inseminación artificial o fecundación in vitro).

Los datos genéticos no son la determinante de la filiación, quienes se sometieron a las TRHA mediante la manifestación de la voluntad de procrear, de ser padres/padres, emplazan en el estado de hijo al niño nacido de estas técnicas.

Así este elemento de la voluntad procreacional, que ha de ser expresa y protocolizada, pero previamente debe prestarse el consentimiento informado, libre y formal ante la institución que realice la práctica. Bajo esta forma no es admisible el reclamo de filiación ni acción de impugnación de la maternidad y paternidad por parte del hijo –Art. 577 CC).

Y por último la Adopción, legislado desde el art. 594 en adelante, ninguno aporta material, excepto la adopción integrativa (mantiene

vínculo biológico con el/la progenitor/a y emplaza a la vez un vínculo adoptivo con el/la conyugue/conviviente).

### EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a formar una familia (art. 14bis CN) apela a la decisión de una persona de enfrentar la maternidad o paternidad, conforme su cultura y posibilidades, como modo de transmisión de valores, afecto, y la continuidad de la vida misma. Desde Vélez, se eliminan las categorías de hijos, teniendo un plano de igualdad de todos, sin importar el origen del vínculo filiatorio para ser titulares de idénticos derechos y deberes frente a sus progenitores.

El derecho a la identidad, en esencia, trasciende la existencia de un Documento Nacional de Identidad, de un número de inscripción, o un certificado de nacimiento.

El derecho a la identidad involucra el origen mismo del ser humano.

Con la certeza protegida de sus orígenes, se abre un paraguas de derechos amparados constitucionalmente y en la Convención de los Derechos del Niño.

Lo vincula hacia el pasado y lo conecta con el futuro. Define su personalidad, sus costumbres, las tradiciones y herencias familiares en el tiempo y el espacio en que transcurre su desarrollo.

Este derecho primigenio tiene característica dinámica: la identidad biológica o legal, la identidad psicológica y la identidad social.

Desde la psicología se define la identidad social como "parte del autoconcepto de la persona que se deriva del conocimiento de pertenecer a un grupo o grupos sociales, conjuntamente con el valor y el significado emocional otorgado a esta pertenencia".

El Derecho a conocer los orígenes esta expresamente plasmado en el Código, en el art. 595 inc e), y 596.-

Ese derecho a formar una familia nos hace pensar desde el punto de vista de la pareja en un "derecho al Niño", y frente a el están los derechos "del niño".

### LOS DERECHOS DEL NIÑO

La diferencia en la idea generada en el párrafo anterior, pensando en un "derecho al niño" como contrapuesto al "derecho del Niño" no tiene asidero cuando, la familia de origen, por la naturaleza o el consentimiento informado toma la decisión de integrar la familia con un hijo, hace nacer simultáneamente los derechos del hijo en el seno de la misma. El derecho al niño, puede ser anterior si se quiere, pero no contrapuesto. Desde la concepción misma surgen los derechos del niño.

Ante el tratamiento igualitario de los hijos ante la ley, poco importa el método utilizado para la formación del vínculo filial.

La empresa más compleja, mas comprometida, sin fines de lucro, es el conformar la familia como formadora y proveedora de pan y afectos.

El Interés Superior del Niño en la doctrina de la CSJN antes de 1994 en relación a la adopción.

La CSJN expresa: "El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos".

"Que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente."

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus

progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Sin perjuicio Interés Superior del Niño de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8°, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9°, 1)."

"Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social. La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral. En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces."

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los

principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273)."

## CONCLUSIÓN

Analizando la jurisprudencia de la Corte, y la reforma del Código Civil y Comercial vemos que este principio rector del interés superior del niño, no ha variado, por lo que se válida la necesidad de recordar a la Corte en esta cita, para comprender el sentido del derecho a la Identidad, comprendiendo este último término la amplitud ya mencionada supra, en relación a las fuentes de la filiación, y reivindicando el Instituto de la Adopción.

Los Derechos del niño se deben ver materializados primeramente en el vínculo filial (natural o legal) con el correspondiente surgimiento del amplio plexo de derechos-deberes que emergen. El Estado Argentino es garante.

El Derecho al niño, es un derecho innegable a la conformación de las familias. El derecho del niño a la identidad es preeminente con acento fundamental en la búsqueda y sostenimiento de la verdad real no solo formal.

La reforma ha verbalizado la constitucionalización y convencionalidad de los Derechos Humanos, simplificando la labor judicial, la aplicación e interpretación, en los casos judiciales.