

**Barrios Cardozo, Carla M.**

*La protección penal del derecho a la identidad  
ante técnicas de reproducción humana artificial*

**Documento inédito**

**Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Barrios Cardozo, C. M. (2014). *La protección penal del derecho a la identidad ante técnicas de reproducción humana artificial* [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/proteccion-penal-derecho-identidad.pdf> [Fecha de consulta: ....]

# **La protección penal del derecho a la identidad ante técnicas de reproducción humana artificial**

Carla M. Barrios Cardozo

*“Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (...)”<sup>1</sup>*

## **1. Planteo de la cuestión**

¿Existe actualmente una figura penal que proteja la identidad de los niños concebidos por las nuevas técnicas de reproducción? La irrupción de nuevas técnicas abre un amplio campo de debate que gira en torno a los límites y usos de las mismas. En la aplicación de dichos métodos se recurre a gametos de terceros, produciendo el desdoblamiento de paternidad-maternidad biológica de la volitiva. Como consecuencia, surgen planteos sobre la protección del derecho a la identidad. El derecho penal no es ajeno a dicho análisis. En consecuencia, lo que se intentará realizar en el presente trabajo, es analizar el Título IV, Capítulo II: *Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad*, haciendo especial hincapié en el artículo 139 inciso 2.

En tal marco, este trabajo apunta a hacer una investigación tentativa de la protección penal del derecho a la identidad. Resaltando que el carácter del presente estudio es intentar explorar acerca de dicha protección pero debido a su complejidad debo adelantarme a expresar que es una mera aproximación sujeta a revisión.

## **2. La protección de la identidad en el derecho penal en general**

La protección de la identidad de las personas se encuentra consagrado en dos artículos constitucionales, el primero es el artículo 33 sobre los derechos implícitos y el

---

<sup>1</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 8

segundo es el artículo 75 inciso 22, que contiene los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que nuestro país es signatario, especialmente la Convención de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño, protege la vida del niño y siguiendo la reserva hecha por la República Argentina, esta protección se extiende desde la concepción en el seno materno hasta los dieciocho años.

*El sujeto llamado hijo no debe ser "objeto de derecho, sino sujeto de derecho". Como persona que es, tanto en sentido jurídico como en un sentido filosófico, tiene sus propios derechos, que van desde el reconocimiento a su propia dignidad, pasando por el derecho a su intimidad, y fundamentalmente a su identidad social, biológica y cultural<sup>2</sup>.*

Es menester analizar la causa que le da origen al capítulo: "Supresión del estado civil y de la identidad". Como consecuencia del llamado proceso militar, dos hechos fueron los que dieron nacimiento a la idea de protección penal hacia los niños. Una de ellas fue la desaparición forzada de personas y la otra fue la desaparición de los niños de las personas secuestradas y luego desaparecidas. A esto se le sumó, el robo de bebés. No es la intención del presente artículo ahondar aún más en el tema, sólo me limito a delinear la causa de la sanción del delito que pasaremos a analizar.

Los antecedentes de este capítulo vienen desde 1891. En el código de 1921, comenzó a desarrollarse la idea que los matrimonios ilegales, y la supresión y suposición del estado civil, ya no ofendían el estado civil sino a la familia. En 1960, luego de varias reformas, se establece que la supresión y suposición del estado civil son maneras particulares de atentar contra la familia. Finalmente, la ley 24.410, a iniciativa de la Cámara de Senadores se presentó con la finalidad de agregar un nuevo tipo penal "Delitos contra la identidad". Dentro de los fundamentos se hacía referencia a la necesidad de *"defender la identidad del menor que, además de ser un valor reconocido por convenios internacionales ratificados por la Nación, era negada cuando*

---

<sup>2</sup> DONNA, Edgardo, Derecho Penal parte especial, Tomo 2A, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni editores, 2001, pág. 56

se anotaba como hijo propio a un niño ajeno, o cuando se falseaba dolosamente su identidad, sin ningún procedimiento de adopción o entrega del niño con participación del juez de Menores, en la forma legal pertinente”<sup>3</sup>. La ley fue sancionada el 30 de noviembre de 1994, modificando el título del capítulo a “Supresión y suposición del estado civil y de la identidad”.

El análisis de la figura penal en estudio se va a centrar en el artículo 139 inciso 2º, el cual dispone:

Artículo 139: Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.

**2. 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.**

Analizando brevemente cada una de las acciones típicas descriptas en dicho inciso podemos decir antes que todo, que puede perpetrarse el delito “por un acto cualquiera”, es decir, cualquier acto idóneo para consumarlo. Dice Aguirre Obarrio, “...lo que parece ser resultado es igualmente acción: hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro, son acciones y asimismo resultados. De donde la expresión “por un acto cualquiera”, en verdad, de nada sirve. Si la suprimiésemos, el artículo estaría mejor redactado”<sup>4</sup>. Respecto a la expresión “hacer incierto” parte de la doctrina interpreta por ello “sembrar dudas sobre él, dificultando su prueba”<sup>5</sup>. Al respecto dice Fontán Balestra “Hacer incierto el estado civil de una persona, es crear respecto de ella una situación que no permite establecer, con la exactitud indispensable, cuál es el verdadero estado (...) Por lo común el hecho ha de consistir, precisamente, en no

---

<sup>3</sup> DONNA, Op.cit. Pág. 65

<sup>4</sup> MOLINARIO actualización por AGUIRRE OBARRIO, Los delitos tomo I, Bs. As., Ed. Tea, 1996, pág. 531

<sup>5</sup> CREUS, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Tomo 1, CABA, Ed. Astrea, AÑO, PAG.

*aportar los datos necesarios*<sup>6</sup>. La siguiente acción que tipifica el código es la de “alterar”, Creus interpreta que es “sustituir el que verdaderamente posee la persona por otro”. Por otro lado, Donna al respecto expresa “*Alterar es cambiar o sustituir el estado civil que posee la víctima, o sea que se requiere la asignación de un estado civil falso al sujeto pasivo, variando uno o un conjunto de datos (edad, sexo, etc.); la acción tiene como objetivo cambiar el estado de la persona, asignándole otro distinto del que realmente posee*”<sup>7</sup>. Por último, por “suprimir”, Creus explica “*suprimir es imposibilidad de acreditar su estado civil*”. Por su lado, Núñez lo define como “*Suprimir es quitarle a la persona su verdadero estado civil, sin atribuirle otro, de manera que se encuentre sin saber a qué familia pertenece*”<sup>8</sup>. Fontán Balestra interpreta *suprimir* “*es privar al sujeto por completo de su estado, sin atribuirle otro, lo que importa tanto como crear en él la ignorancia de ese estado y la imposibilidad de poder probarlo*”<sup>9</sup> El artículo *in fine* dice: “*retuviere u ocultare*”, entendiéndose por el primero en palabras del Dr. Donna: “*Retiene el que tiene en su poder al menor e impide que éste recupere el estado anterior, que cesó por la comisión de cualquier acto tendiente a hacer incierta, alterar o suprimir su identidad. Oculta el que, teniendo al niño, impide que otro u otros conozcan, sepan o se enteren de la presencia de ese menor en el lugar en que se encuentra*”<sup>10</sup>

Siguiendo el análisis, corresponde ver el tipo subjetivo. Antes de la ley 24.410 se requería el elemento subjetivo “propósito de causar perjuicio”. Esto fue eliminado con la introducción de la ley. Anteriormente no había duda sobre la necesidad de un dolo directo, pero esta modificación genera la duda sobre qué elemento se necesita para configurar el delito. Con la actual supresión del propósito podría considerarse que bastaría un dolo eventual para configurar el tipo penal. Fontán Balestra opina que es un delito doloso, por el cual basta conocer que con la acción que se lleva a cabo se hace

---

<sup>6</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, pág. 290-291

<sup>7</sup> DONNA, Op.cit. Pág. 77

<sup>8</sup> NUÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Lerner, Córdoba, 1988, pág.427

<sup>9</sup> FONTÁN BALESTRA. Op. cit. Pág. 291

<sup>10</sup> DONNA. Op. cit. Pág. 92

incierto, se altera o se suprime la identidad de una persona y querer hacerlo. No se requiere ninguna otra finalidad.

Por otro lado, cabe analizar la posible comisión del delito con dolo eventual. Aguirre Obarrio lo define de la siguiente manera: “*Se llama dolo eventual cuando el sujeto duda acerca del resultado de su obrar, pero igualmente actúa. Para que el sujeto dude es preciso que se haya representado la posibilidad de que algo suceda de una manera o de otra*”<sup>11</sup>. Ahondaremos más en este aspecto de comisión del delito en los casos planteados más adelante.

El análisis de la culpa no es procedente en la medida que nuestro Código es de números cerrados, y no se encuentra tipificada expresamente la figura culposa.

El sujeto pasivo debe ser un menor de 10 años, dejando subsistente la duda si protege solamente a aquellos niños vivos o si podría extenderse la protección a los niños por nacer. El presente trabajo no pretende profundizar el posible debate en torno a la extensión de la protección, pero si dejar asentada la postura que se toma respecto a dicho tema.

Si tenemos en consideración que lo que intenta proteger la figura en análisis es la identidad de las personas, es claro que la persona posee su propia identidad desde el momento mismo que es persona. Por lo tanto, si desde el momento de la concepción (intra o extracorpórea) hay persona, desde ese mismo instante es que existe identidad y por consecuencia, un bien jurídico protegido. Si afirmáramos lo contrario, es decir, que queda supeditada la protección de la figura en análisis sólo a las personas vivas estaríamos desprotegiendo a la persona por nacer. En efecto, estaríamos contradiciendo el Código Civil que define el comienzo de la existencia de la persona desde a concepción, como así también el mismo Código Penal en la figura de aborto, donde la protección penal alcanza a los niños por nacer dándoles especial protección por considerarlos persona.

---

<sup>11</sup> MOLINARIO, actualizado por AGUIRRE OBARRIO. Op. cit. Pág. 108

En cuanto al sujeto activo puede ser cometido por cualquier persona. En caso que sea un funcionario público o profesional de la salud, constituye un supuesto especial consagrado en el artículo 139 bis.

Otro punto a analizar es establecer cuándo se consuma el delito. La doctrina al respecto lo considera un delito de resultado, por lo tanto, se requiere que el autor logre la incertidumbre, la alteración o la supresión<sup>12</sup>. Se consuma cuando el delito se realiza y agota el fin antes enunciado. Por ser un delito material admite la tentativa.

Verdadera controversia ha suscitado sobre la expresión “identidad”. Se ha intentado explicar qué es lo que se quiso proteger en el Código Penal con dicha expresión. Aguirre Obarrio *“considera que no existe ninguna diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto se pregunta, ¿cómo se hace para cambiar la identidad de una persona sin modificar su estado civil, es decir su status familia? Y agrega que no es posible suprimir la identidad sin alterar el estado civil porque la identidad deriva de aquél (...) Pero no es posible suprimir su identidad sin alterar el estado civil, porque la identidad deriva de aquél”*<sup>13</sup>. Por otro lado, el Dr. Petracchi en el caso “Muller, Jorge s/ denuncia” (13/11/1990), contempla en el considerando 8°, la existencia de ciertos derechos y prerrogativas que son propias del hombre y que se encuentran en la Constitución Nacional en su artículo 33, deben ser consideradas garantías implícitas y por lo tanto merece su protección. En especial hace referencia al derecho a la identidad en el considerando 9°, en el cual expresó: *“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 particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”*.

---

<sup>12</sup> DONNA, Op. cit. Pág. 80

<sup>13</sup> MOLINARIO actualizado por AGUIRRE OBARRIO. Op. cit. Pág. 537

Donna realiza el análisis del artículo 139 acerca del concepto de identidad comenzando con los instrumentos internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño. En dicho cuerpo normativo, su artículo 7 y 8, establecen las guías interpretativas a la figura en cuestión, ya que por poseer jerarquía constitucional priman sobre las leyes nacionales. El artículo 7 dispone que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Como así también establece que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional.

Agrega el artículo 8 de la Convención, que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

En suma, Dona concluye que *“podríamos conceptualizar la identidad como el derecho que tiene toda persona a ser ella misma”*<sup>14</sup>

Al respecto, aporta luz la ley 26061 sobre protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que en sus artículos 11, 12 y 13 se refiere al derecho a la identidad en estos términos:

**ARTICULO 11. — DERECHO A LA IDENTIDAD.** *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, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.*

*Los Organismos del Estado deben 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, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados,*

---

<sup>14</sup> Donna. Op. cit. Pág. 70

*o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.*

*En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.*

*Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.*

**ARTICULO 12. — GARANTIA ESTATAL DE IDENTIFICACION. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.** *Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.*

*Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tomada especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley.*

*Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente.*

**ARTICULO 13. — DERECHO A LA DOCUMENTACION.** *Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas, tienen derecho a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540".*

### **3. Análisis penal de algunos casos hipotéticos implicado en las técnicas de fecundación artificial**

Como hemos dicho, nos proponemos analizar algunos casos hipotéticos en que las técnicas de fecundación artificial pudieran generar situaciones que pongan en riesgo la identidad de las personas. Son cuatro los hipotéticos casos seleccionados y

desarrollados a luz de la figura penal en análisis. Los casos en análisis comprenden la protección del niño por nacer, siendo su identidad inherente a ellos.

### Caso 1°: Sustitución de gametos por dolo eventual

En este primer caso, nos encontramos ante la aplicación de una técnica de fecundación artificial, ya sea intra o extracorpórea, en el cual se solicita el consentimiento de los intervinientes para la utilización de ciertos gametos (ya sean propios o donados) y los profesionales o auxiliares intervinientes sustituyen tales gametos, de modo que el niño es concebido con gametos distintos de los que inicialmente se planificaron.

Este caso es similar al segundo caso que veremos, pero hacemos la distinción según la sustitución fuese representado el resultado por el actor y aún así obró. En el presente caso, planteamos la hipótesis de un médico que al momento de realizar la fecundación, toma para ello gametos diferentes a los que debía utilizar cometiendo esta acción sin tomar los recaudos mínimos y sabiendo de su error continúa su proceder. ¿Qué ocurre con ese médico? ¿Pueden los padres del niño por nacer accionar penalmente?

Utilizando la teoría finalista, se analizará la conducta. La acción, es la de sustituir gametos. El resultado es la supresión de la identidad de ese niño, ya que al momento de querer reclamar su verdadera identidad no sabrá cuál es con exactitud. Si se busca la causa próxima a este resultado, es claro que está en la sustitución del médico. El tipo penal es hacer incierto, alterar o suprimir. Nuevamente observamos que hay un claro resultado, y por tanto, se cumple el tipo penal. Ahora bien, según esta teoría se debe analizar si existe error de tipo. Y luego, si estamos en presencia de un error vencible o invencible. Si es un error que no podía evitarse, será invencible. Por el contrario, si es un error que se podía haber evitado si el sujeto activo hubiera actuado observando el cuidado debido, excluye el dolo pero subsiste la culpa. No procede la discusión sobre si este tipo penal admite la culpa o no, ya que nuestro código penal es del tipo de números cerrados, deberá estar tipificada la culpa para que sea aplicable el delito. Sin embargo, a partir que se eliminó el “propósito de causar perjuicio” sí es

posible analizar la procedencia de un dolo eventual. Continuando, no cabría causa de justificación por lo que será una conducta antijurídica y finalmente, la culpabilidad. En la culpabilidad, analizamos la inimputabilidad, el error de prohibición y la reprochabilidad.

Por último, existe en la comunidad europea ciertos estándares o protocolos a seguir para eximir al médico de toda negligencia en su proceder antes las técnicas. Es decir, si el médico sigue el protocolo no podría ser responsabilizado por aquellas consecuencias negativas resultantes del caso.<sup>15</sup> No así, en el caso del dolo eventual en el que el médico sigue los protocolos pero representándose la posibilidad de que actuando de cierta manera igual llegue al resultado de la supresión de la identidad. En la legislación Argentina se encuentra la ley 26.529: *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, particularmente en su artículo 11 bis expresa que: “*Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma*”.

Además, merece un cuestionamiento aparte sobre si existe en nuestro país un protocolo detallado, como el de la comunidad europea, que pueda establecer ciertos estándares a seguir para evitar casos de negligencia médica. En caso de no contar con dicho protocolo: ¿cabe la eximente del artículo 11 bis de la ley 26.259?

❖ Caso 2º: Sustitución deliberada de gametos

En este supuesto, existe la intención de sustituir los gametos, es decir un claro dolo directo. Se cumple la acción, y se llega al resultado de fecundar embriones con diferentes gametos de los que se debía. El tipo penal se da de forma completa. No cabría el error de tipo, ya que el médico en este caso sabría de la tipicidad de su conducta, que a su vez es antijurídica y culpable.

❖ Caso 3º: Reconocimiento de paternidad del donante

---

<sup>15</sup> DIRECTIVA 2006/17/CE DE LA COMISIÓN de 8 de febrero de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos. Anexo III.

En este caso nos planteamos la hipótesis de un donante de gametos anónimo, que quiere reconocer al hijo concebido con sus células germinales luego de haber dado su consentimiento de dador anónimo y le deniegan la facultad de reconocerlo. A pesar de esta negativa y de expresar su voluntad de reconocerlo, se lleva adelante la implantación. ¿Existe responsabilidad del médico? ¿Basta un deslinde de responsabilidad para excluir su culpabilidad en el supuesto de darse la comisión del delito de supresión de la identidad?

Analizando el caso con mayor profundidad podríamos cuestionarnos sobre la cuestión de la criminalidad o no de los hechos. Centrándonos en la figura penal del artículo 139 inciso 2: “Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años...”. El padre donante petitiona el reconocimiento del menor, pero se lo deniegan. Igualmente se realiza la implantación. Y se anota al menor excluyendo la paternidad del dador. En consecuencia, cabría preguntarse si se ve afectada la identidad del menor. Qué ocurre con el médico que participa en el hecho. Si bien no participa de forma directa, tiene conocimiento del hecho y de la manifestación de voluntad del padre genético de reconocer al menor.

El caso presentado es complejo, por lo tanto, es menester recurrir a jurisprudencia internacional. Un fallo relevante es el caso *Forneron e hija vs. Argentina*, con competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup>. En dicho fallo la corte tiene dicho que:

*“Respecto a la presunta violación del artículo 17 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, la Comisión Interamericana indicó, inter alia, que los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención”.*

La discusión central es identificar qué se entiende por identidad, ya que es el eje de la figura penal. Al respecto la Corte Interamericana lo define de la siguiente manera:

---

<sup>16</sup> Para más información consultar la página: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>

*“El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que 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. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”. Y en especial referencia al caso presentado ante la Corte indicó: “Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, 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, además de su derecho a la protección familiar”<sup>17</sup> (el subrayado me pertenece).*

Siguiendo la definición dada por la Corte, el análisis del caso hipotético planteado resultaría afectada la identidad del niño ante la negativa de aceptar el reconocimiento del padre-dador, que no es más ni menos que el padre biológico. En dicho caso, la víctima (el menor de 10 años) se vería afectada.

La Corte Internacional ante el archivo de las actuaciones penales en el caso Forneron en la República Argentina, denunció *“la ausencia de una investigación penal tuvo un rol fundamental en la falta de determinación de lo ocurrido con la niña”*. En el caso, el fiscal y el juez a cargo de la investigación archivaron la causa debido a que no encuadraba en la figura penal del artículo 138 ni 139 inciso 2. El fiscal indicó que

---

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA, Considerando 123. (27/04/11)

“habría existido presuntamente una maniobra de compra-venta de bebé”. A criterio del Juez de Instrucción y la Cámara en lo Criminal intervinientes los hechos relativos a la alegada “venta” de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. Además agregó el Juez de Instrucción, que únicamente podía ser sancionado como un atentado al estado civil e identidad de las personas (esto último a partir de la sanción de la Ley 24.410), siempre y cuando, que los compradores lo inscriban en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como “hijos propios”, cambiando una filiación por otra (equivalente de suprimir).

Por consiguiente, en el caso hipotético en estudio cabe la aplicación del tipo penal, ya que se estaría inscribiendo como “hijos propios” lo que vendría a violentar el ordenamiento jurídico argentino en materia de filiación<sup>18</sup> además de incurrir en la figura penal del artículo 139 del Código Penal Argentino.

También cabe el análisis, aunque sea su breve mención y reflexión, sobre la venta de embriones<sup>19</sup>, ya que deriva de ello una clara violación a la identidad del menor pasible de ser sancionado penalmente. Según la XXIV Jornada Nacional de Derecho Civil, la Comisión 1: PERSONA HUMANA. COMIENZO DE LA EXISTENCIA. ESTATUTO en el despacho de la mayoría se indicó que “*Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno*”<sup>20</sup>. Resumidamente, el embrión y por tanto su futura implantación en el seno materno, cuando media dinero o promesa remuneratoria, atenta contra el ordenamiento argentino, principalmente con la Constitución Argentina en su artículo 15 y 75 inciso 22 (tratados con jerarquía constitucional, ratificado por la Argentina).

*“La Corte considera que la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos. La entrega de un niño o niña a cambio de*

---

<sup>18</sup> Con motivo de la XXIII Jornada de Derecho Civil celebrado en Tucumán en el año 2011, se trato en la comisión 6 las implicaciones de la ley 26618 en materia de filiación y el derecho a la identidad del niño”

<sup>19</sup> El estudio de estos casos exceden el marco del trabajo, pero dejo expresado la necesidad de reflexionar y ahondar aún más en su análisis. Ver más en “Embriones por encargo”, <http://centrodebioetica.org/2013/04/embriones-por-encargo/>

<sup>20</sup> Para mayor información consultar la página: <http://www.jndc.com.ar/>

*remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble”<sup>21</sup>*

❖ Caso 4º: Responsabilidad de llevar registros médicos con los verdaderos datos biológicos

El último caso que exponemos es el de la obligación de llevar registros médicos de todos los individuos intervinientes incluyendo al menor. Consideramos que es relevante plantear este supuesto ya que la historia clínica de todos los individuos intervinientes hace a la identidad del menor. No llevar registros de forma adecuada impedirá que el menor pueda conocer su verdad genética y por lo tanto, sería un elemento para hacer incierta la identidad del mismo. Además, habrá que tener en cuenta que los registros son obligatorios en la medida que se aplica la ley 26.529 anteriormente mencionada. Y aplicando a contrario sensu el artículo 11 bis el incumplimiento de dicha obligación acarrearía la responsabilidad penal.

¿El menor tiene derecho a conocer quién es su padre biológico? ¿Y por lo tanto, tiene derecho a acceder a los datos contenidos en la historia clínica? ¿Qué ocurre si el menor llegara a tener una enfermedad genética? Es notable la suma de interrogantes que surgen de contemplar dicho caso a la luz de la escasa certeza que se tiene sobre el tema.

---

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op.cit. Considerando número 140.

#### 4. Conclusiones

El derecho a la identidad es el que tiene más estrecha relación con el derecho a la vida, porque desde la concepción, se tiene derecho a ser reconocido como persona y por lo tanto al respeto por su propia identidad. Bidart Campos analiza la Convención sobre los Derechos del Niño y dice: "*La Convención sobre los Derechos del Niño, tiene fuerza normativa, es decir, que como derecho positivo resulta de aplicación directa y sus normas son vinculantes para todos los poderes públicos impidiéndoles que lo violen por acción u omisión*".<sup>22</sup>

La ciencia avanza y las leyes intentan avanzar a la par de ella. Sin embargo, ocurre que los cambios suelen ser grandes en poco tiempo, produciendo muchas veces un gran vacío legal en hechos trascendentes. No siempre la ley debe avalar conductas para que no sean antijurídicas. Existe una realidad más profunda y que merecen ser debatida y analizada de manera que más se ajuste a la verdad natural de las cosas.

La legislación argentina ha avanzado en temas relacionados con la fecundación artificial sin dar lugar a un sensato debate sobre cuestiones de fondo, y como consecuencia, ha dejado desprotegido al ser más indefenso y por el cual hay que legislar para preservar sus derechos, los niños por nacer. La identidad de los mismos no es un tema menor, diferentes tratados internacionales y debates mundiales tienen como eje la identidad de las personas y el papel esencial que cumple en los derechos personalísimos de todos los hombres.

Luego de haber transitado por toda la investigación podemos concluir que existe un gran abanico de leyes que protegen la identidad de las personas pero que, a su vez, existen múltiples leyes que parecieran desprotegerla o por lo menos olvidarla. Notamos que esto ocurre en una de las normativas esenciales del Estado como es el Código Penal Argentino e hicimos un intento por plasmar diferentes hipótesis. La ley 24.410

---

<sup>22</sup> BIDART CAMPOS, Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño, en *El Derecho y los chicos*, comp. Marta del Carmen Bianchi, Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 36

introduce la protección de la identidad de las personas, en consonancia con la normativa del Derecho Internacional, pero también se observó la coexistencia con variados debates e interrogantes que suscita.

Las técnicas de reproducción artificial deben ser tratadas con la seriedad que merecen, y tener presente que no se está frente a una realidad susceptible de ser legislada de forma ligera. Hay varios temas en torno a ella que deben ser tenidas en cuenta y como quedó expuesto a lo largo de todo el artículo, surge variedad de casos que con la legislación actual refleja una laguna legal que desprotege la identidad de la persona.

Finalmente, se debe tener como guía aquellos instrumentos con jerarquía constitucional que sirven de fundamento para todo debate y análisis futuro. En especial hacemos referencia por su relación con el tema expuesto, la Convención de los Derechos del Niño:

**Artículo 3.1:** *“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”*