

DERECHO A LA IDENTIDAD



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

MAESTRIA EN DERECHO ECONOMICO PROFUNDIZADO. ESPECIALIZACION
EN DERECHO DE DAÑOS Y DAÑOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
DIRECTORES CELIA WEINGARTEN Y CARLOS A. GHERSI

Carlos A. Ghersi

Celia Weingarten

MARIA ROSA CABALLERO DE AGUIAR
S.S. DE JUJUY, MARZO DE 2003

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. 1 DERECHOS HUMANOS. 1.1. Concepto. 1.2. Evolución. Categorías. 2. DERECHO A LA IDENTIDAD. 2.1. Concepto del derecho a la identidad. Creación jurisprudencial y doctrinaria. 2.2. Identidad personal. 2.3. Identidad social y cultural. 2.4. Identidad religiosa. 2.5. Identidad ideológica o política. 3. TUTELA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. 3.1. Tutela de la identidad personal. 3.2. Tutela de la identidad familiar. Pruebas hemáticas. 3.3. La identidad familiar y la fecundación asistida: reflexiones sobre la manipulación genética. 3.4. Tutela de la identidad religiosa e ideológica. 4. DERECHO A LA DIFERENCIA. 4.1. Identidad étnica. 4.2. Identidad de los pueblos indígenas. 4.3. Identidad del sujeto colectivo. 4.4. Identidad sexual. 5. IDENTIDAD Y GLOBALIZACIÓN. REFLEXION FINAL.

INTRODUCCION

Por esta reflexión pretendo investigar el derecho a la identidad en sus diferentes manifestaciones, esto es como derecho a la identidad personal, social, cultural, sexual, colectiva. Este estudio se encuentra imbricado, entonces, en el análisis de los derechos humanos habida cuenta de la indivisibilidad de estas garantías, prerrogativas todas esenciales a la persona humana por su condición de tal.

Más allá de conceptualizar las diversas exteriorizaciones del derecho a la identidad, desde la óptica de la teoría crítica del derecho, procuraré indagar como se ha modelado esta garantía en algunos casos jurisprudenciales puntuales, porque en las soluciones concretas, es cuando verdaderamente se *constituye* el derecho que tutelan las normas jurídicas.

Es entonces cuando el intérprete debe bucear en la equidad, en los principios generales del derecho, en la analogía, en los usos y costumbres, en las verdades que proporcionan otras disciplinas, como análisis superior de la mera exégesis de la letra de la ley, de las deducciones lógicas y del espíritu del legislador. En suma perseguir que la individuación del derecho, sea un ejercicio de la función creadora del juez.

De allí la importancia de la ideología de quien deba adoptar determinada solución: su hermenéutica deberá estructurarse con la cambiante realidad socio-cultural e histórica, conforme las circunstancias en las cuales corresponde interpretar y aplicar la

ley. La reflexión, como “herramienta superadora de las limitaciones dogmáticas de la conciencia”, al decir de Habermas.¹

1 DERECHOS HUMANOS

1.1. Concepto

El instituto *derechos humanos*, fue una conquista del hombre, lograda a través de las luchas sociales y políticas de los pueblos, en contra del individualismo fomentado por el capitalismo y en contra de la masificación impuesta por los regímenes totalitarios.

Su concepto fue consolidándose a medida que se afianzaba el “estado social de derecho”, conforme los valores que cada sociedad organizada fue sosteniendo como prioritarios. Su elaboración, es por lo tanto una obra en constante transformación, según los tiempos históricos y los principios que cada época y cultura hicieron prevalecer, hasta adquirir un perfil básico universal. Sus lineamientos fueron trazados por los Tratados Internacionales, de los cuales, los Estados partes no pueden prescindir.

Luego de una profusa elaboración doctrinaria y jurisprudencial por parte de los organismos internacionales e internos de las distintas jurisdicciones estatales, podemos decir que la categoría de “derechos humanos” se refiere a los esenciales a la persona humana por su condición de tal y cuya tutela debe ser garantizada por el Estado.

Así se los han definido como: “las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias

fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.”²

El ser humano debe ser amparado no sólo en su faz bio-síquica, sino en su integridad espiritual y social, es decir, en todas las manifestaciones que hacen a su dignidad personal.

En tal sentido sostiene Matilde Zabala de González que “... hay lesiones *exclusivamente espirituales*, que afectan intereses que van más allá de *vivir y de vivir con salud*, y que conciernen a la proyección existencial hacia *valores*, como dimensión privativa del hombre ... Las lesiones a estos intereses ... pueden ser origen tanto de daños espirituales como económicos...”³

Concordante con esa doctrina, el proyecto de Código Civil argentino de 1998 prevé como art. 105:

La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos.

No obstante su consagración en el ámbito internacional, tales derechos quedaron en innumerables oportunidades en la mera proclamación: ... “mirados tan sólo como un discurso legitimante y tranquilizador, que únicamente en aspectos muy parciales alcanzaban operatividad.”⁴

Debemos entonces tratar de no morir en el intento, ya que las democracias sólo se afianzarán, cuando la comunidad internacional y los Estados miembros, sean quienes velen por el respeto de las garantías inherentes a la condición del hombre y se comprometan a fundar un orden social más justo, porque “... ningún bien común existe sin respeto de los básicos intereses personalísimos.”⁵

Por ello, frente a la disociación que se manifiesta entre las declamaciones de las leyes y tratados internacionales y la autenticidad de los comportamientos humanos, todos los operadores del derecho debemos bregar por superar lo que Mosset Iturraspe denomina “brecha entre el modelo normativo constitucional y la reacia realidad”, haciendo notar la responsabilidad del Estado y de cada uno de sus poderes en lograr una “... dinámica promocional que se traduzca en una efectiva acción enderezada a contribuir al logro del bien común.”⁶

1.2. Evolución. Categorías

El hombre debió convivir siempre con la violencia, la injusticia, la opresión de los débiles por parte de los poderosos; pero a su vez, por el sólo hecho de ser hombre, siempre sintió la necesidad de proteger los derechos humanos: *“Él pide cuentas por la sangre derramada y recuerda a los oprimidos; él no los olvidará.”*⁷ ... *“Felices los que tiene hambre y sed de Justicia, porque serán saciados.”*⁸

Esa urgencia de la naturaleza humana, llegó a plasmarse en postulados tales como el de la necesidad de constituir *“... una conciencia moral autónoma como la capacidad de comprender, elaborar y solucionar los conflictos morales de acuerdo con reglas generales compartidas por todos.”*⁹

Varios siglos debieron pasar para que se instrumentaran legalmente algunos derechos personales. Así en los siglos XI y XII comenzaron a esbozarse algunas concesiones al respecto, como los *Fueros* de Castilla, León y Aragón y en el año 1215 la Carta Magna inglesa que ya consagra una declaración de derechos del hombre.

En apretada síntesis histórica, llegamos a los lineamientos bosquejados por los hombres de la Independencia Americana que sirvieron de base al constitucionalismo

moderno, y que tiene como proposición la idea de que los derechos humanos son anteriores al Estado y a *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, que afianza definitivamente las ideas revolucionarias de la Ilustración Francesa en el sentido de que "el hombre posee derechos por el sólo hecho de haber nacido."¹⁰

Se legalizan así los derechos individuales o *de primera generación*, que en nuestro país se convalidan con la Constitución de 1853.

La consagración de estos derechos individuales implicó, además, una conquista de la clase dominante de mediados del siglo XIX, como instrumento para afianzar el sistema de economía capitalista. En efecto, se pone el acento en la inviolabilidad del derecho de propiedad, como principio rector para la elaboración de las constituciones y códigos decimonónicos (en nuestro país, arts. 14, 17 y ccs. de la Constitución Nacional¹¹ y artículos 2506, texto originario del 2513¹² y ccs. del Código Civil). Se consolidan así los derechos de la burguesía ante el Estado-Nación.¹³

Los principios y garantías individuales entonces consagrados, debieron, luego de casi un siglo, ser renovados como consecuencia de la Revolución Industrial y en razón de los conflictos sociales y laborales que la misma trajo aparejados. Surge el constitucionalismo social que empieza a perfilarse a fines del siglo XIX y se afianza a mediados del siglo XX. Los Estados comienzan a incluir cláusulas económicas y sociales en sus constituciones y a consagrar derechos denominados sociales o de *segunda generación*, como el derecho a una vivienda digna, al trabajo, a la educación general básica, a la salud.

La Iglesia Católica hace sus aportes a través de las nuevas encíclicas, como la *Populorum Progressio*, que vinieron a perfilar la "doctrina social de la Iglesia". Aparece

el concepto de “estado social de derecho” o Estado de Bienestar.

El Estado de Bienestar abandona la política del *laissez faire, laissez passer* y toma protagonismo en procura de un orden social más justo (en nuestro país, art. 14 bis¹⁴ de la Constitución Nacional). Se pretende mitigar desigualdades brindando mejores prestaciones en favor de los trabajadores, la mujer, el niño, los ancianos y los discapacitados.¹⁵

Luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, surge la acuciante necesidad de proteger y garantizar los derechos esenciales de la persona humana, su dignidad por el sólo hecho de ser persona, por lo que los juristas y los organismos especializados, comienzan a plasmar, a través de disposiciones internacionales, los derechos de *tercera generación*, o derechos personalísimos, como el derecho a la calidad de vida, a la integridad física, a disponer del propio cuerpo, a la intimidad, la identidad, etc.

Ghersi tipifica una última categoría, la de los *derechos de cuarta generación*, que hacen al “verdadero desarrollo para generar el paso de condiciones menos humanas a más humanas”, que son los de contenido ambiental o ecológico.¹⁶

Englobamos en esta categoría los derechos difusos que importan a toda la comunidad, como el derecho a un medio ambiente sano, a la autodeterminación, a la no-discriminación, a la diferencia, a la defensa del patrimonio artístico y cultural de la humanidad, etc.

Los derechos personalísimos son innatos a la persona humana, y por lo tanto irrenunciables e inalienables. No sólo se hacen valer frente al Estado, sino que deben rebasar las relaciones entre particulares, siendo aquel el encargado de hacerlos respetar y

prevalecer ¹⁷

Los derechos de tercera generación, comienzan de algún modo a tener acogida en nuestro país, con la reforma del Código Civil de 1968, y la incorporación de institutos como el abuso del derecho, el resarcimiento fundado en equidad, la lesión, el principio de buena fe en la interpretación de los contratos, etc.; y se incorporan como tales, a nuestro derecho interno en 1984, cuando se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos ('Pacto de San José de Costa Rica') por ley 23.054, quedando definitivamente convalidados con jerarquía constitucional con la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).¹⁸

Se advierte así "... un doble ámbito del Derecho supranacional: uno fundamentalmente dirigido a las relaciones económicas y por ende vinculado al Derecho patrimonial; el otro, ordenado a la protección de la dignidad individual frente la Estado y cualquier otro sujeto público o privado, substancialmente extrapatrimonial pero con reflejos patrimoniales..."¹⁹

El reconocimiento de los derechos personalísimos en forma expresa en las nuevas constituciones de algunos países (ej. España, Alemania; en nuestro continente, Perú, Colombia) y en forma implícita en la nuestra, al reconocer rango constitucional a los Tratados Internacionales que los amparan, ha significado la incorporación, dentro del régimen constitucional, de materias que eran consideradas propias del derecho privado, con lo cual estos derechos constitucionales, adquieren directa operatividad.

2. DERECHO A LA IDENTIDAD

Sentada como premisa la interdependencia e indivisibilidad de los derechos