

FILIACIÓN - Generalidades - Derechos personalísimos - Derecho a la identidad

Autor: Fernández, Silvia E.

Título: ¿Identidades en suspenso? Sobre ciertas buenas razones en favor del reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas en el acceso al conocimiento de su origen

Publicado: RDF 68-81

Sección: DOCTRINA

(*)

(**)

"Responder a la pregunta por el quien, es narrar una historia". Hannah Arendt

I. Introducción

Mucho se ha escrito sobre el derecho de la persona a acceder, gozar y proteger su identidad. Más se ha profundizado cuando dicho derecho es titularizado por niños y niñas (1) ¿Cuál puede ser un camino adecuado para volver a insistir en relación a este tan vital como complejo aspecto del ser, a la vez receptado por los instrumentos internacionales como un derecho humano inherente a la persona?

Este trabajo se centra en uno de los varios componentes de este *macro* derecho de identidad, a la vez, derecho autónomo: el derecho de acceso al origen. Particularmente, abordaremos la cuestión relativa al ejercicio de este derecho por parte de niños, niñas y adolescentes, a la luz del principio constitucional de autonomía progresiva (art. 5º, CDN; OC-17, Corte IDH, observación general 12, Comité Derechos del Niño; arts. 3º, 19, 24, 27 y concs., ley 26.061).

Se hace necesario en primer término, entonces, recordar brevemente a qué refiere el derecho de identidad, tan multifacético como necesario a la construcción de la subjetividad personal.

La identidad no es un concepto estanco, inmutable, sino que, por el contrario, se constituye, dibuja y sella sus contornos en una permanente evolución. Así, "uno se concientiza que la 'pertenencia' o la 'identidad' no están talladas en la roca, que no están protegidas con garantía de por vida, que son eminentemente negociables y revocables. (...) En otras palabras, la gente no se plantearía 'tener una identidad' si la 'pertenencia' siguiera siendo su destino y una condición sin alternativa" (2). Tradicionalmente, al referir a la "identidad" en el campo del derecho familiar, se ha hecho alusión a la necesidad de concordancia entre biología y filiación, es decir, la comunión entre emplazamiento jurídico y realidad biológica satisfacía el respeto del derecho a la identidad. Sin embargo, este paradigma a priori hace mella en los últimos tiempos, cuando la identidad personal comienza a re-definirse —con tintes más subjetivos—, a partir de la *identificación* de cada persona, es decir, aquello que se registra en pertenencia, se autodefine y autoconstruye; en fin, la identidad no aparece como algo "heredado", inmutable y preeminentemente objetivo.

Así, "una vez que la identidad pierde los anclajes sociales que hacen que parezca 'natural', predeterminada e innegociable, la *identificación* se hace cada vez más importante para los individuos (...)" (3). "Las filiaciones sociales —más o menos heredadas— adscritas tradicionalmente a los individuos como definición de identidad: raza, género, país o lugar de nacimiento, familia y clase social, ahora están (...) cobrando menos importancia, diluyéndose y alterándose (...) Un sentimiento de inseguridad cada vez mayor sigue" (4).

De modo que hablar de identidad hoy importa revisar definiciones rígidas y amplificar las primeras conceptualizaciones, para descifrar y seccionar los diversos aspectos que involucra el omnicompreensivo derecho de identidad.

Mucho tiempo atrás, Fernández Sessarego explicaba que la "identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se halla sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro...". Partiendo de esta definición, es clásica la distinción entre identidad estática —referida a los signos externos, como la filiación, el nombre, datos de nacimiento— y dinámica —aspectos intelectuales, culturales, religiosos, profesionales, políticos— mutables en el tiempo (5). Sin embargo, esta pacífica dicotomía se conmociona también con la evolución de conceptos inicialmente pensados como estáticos —v.gr., el nombre— y que paulatinamente comienzan a reclamar una mayor ductilidad y flexibilización, justamente en aras de proteger *adecuadamente* el derecho macro de identidad del que hacen parte (6) (7). Similar suerte ha corrido el emplazamiento filial, en evolución permeable al dinamismo que presentan las relaciones familiares. En conclusión, y tal como se ha afirmado, ni los caracteres estáticos ni los dinámicos lo son tales en modo absoluto (8).

De este modo, la identidad, en su sentido de *identificación personal*, adquiere un especial valor, independizándose de aquellos componentes más predeterminados, en apariencia predisuestos e inmutables. La identidad, en su sentido de identificación, viene a responder a la pregunta por "el quién" que nos permite reconocer a un individuo diverso a otros; esa identidad, *identidad narrativa*, tiene como base la pregunta "¿quién eres?" desde un punto de vista humano, de la persona y su personalidad.

Es esta pregunta la que nos conecta con uno de los más trascendentes aspectos de la identidad, como lo es el derecho a conocer los orígenes. Derecho que cuenta con expresa tutela constitucional en favor de niños y niñas, a la luz de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 7º dispone: "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". A lo que el art. 8º agrega: "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. 2. 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 y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

Como se observa, la Convención protege los múltiples aspectos que involucra el derecho de identidad, la nacionalidad, el nombre, la inscripción del niño —derecho a la identificación (9)— las relaciones familiares y el conocimiento de sus padres "en la medida de lo posible". La norma garantiza dos derechos complementarios que no siempre van de la mano: el derecho del niño a *conocer* a sus padres y el derecho a *ser criado por ellos*. Reconoce así, como parte de la identidad personal, al derecho de acceder al origen (10).

Analizaremos en el presente, entonces, este derecho vital, desde el triple escenario correlativo a las tres fuentes filiales receptadas por el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994): filiación por naturaleza, filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva (11).

¿Cuál es la narrativa del derecho a conocer los orígenes en estas distintas vertientes? Según se explica desde una mirada antropológica, "la identidad narrativa tiene trascendencia cuando nos referimos al derecho a los orígenes, muchas veces cercenado sólo para determinados niños; los niños nacidos a partir de donaciones en el marco de la reproducción asistida, los abandonados y luego adoptados. En todos estos casos el derecho ha borrado simple y llanamente una parte de la historia del niño al hacérsela inaccesible" (12). "De los órdenes del discurso y la narración provienen los hijos adoptivos y los hijos de la fertilización asistida (...) Tanto unos como otros fundan su identidad en el que fue deseo de engendramiento frustrado y posteriormente canjeado por prácticas jurídicas en la adopción o biomédicas (...)" (13).

Por razones de método, entonces, previa una breve referencia acerca del contenido del derecho al conocimiento del origen, planteamos su análisis a la luz de las tres fuentes filiales referidas. Tratándose del derecho a ejercer por niños, niñas y adolescentes, la pauta de medición al efecto la constituirá el principio de autonomía progresiva (art. 5, CDN), noción transversal (14) a la luz de la cual deberán determinarse los mecanismos para esta actuación.

II. Breves referencias sobre el derecho de acceso al conocimiento del origen

La vocación de búsqueda de los orígenes encuentra en la República Argentina fuertes y lamentables razones como respuesta a las flagrantes violaciones de derechos humanos que implicó la desaparición forzada de personas y consecuente sustracción y sustitución de identidad de niños y niñas durante el período de dictadura militar. Estos duros antecedentes han forjado un terreno fértil a la defensa de un derecho autónomo direccionado a la indagación y acceso al origen de las personas.

En materia de filiación por naturaleza, como dijéramos, los tradicionales principios estructurantes de la regulación civil —pretensión de concordancia entre emplazamiento y "verdad biológica" y transparencia en las relaciones filiales— garantizaban, simultáneamente, el derecho al emplazamiento filial y el acceso al origen, al responder la determinación del vínculo a la concordancia entre lo biológico y lo jurídico. No se consideró como un factor relevante la presencia o ausencia de elemento volitivo, ni la conformación o no de vínculos socio-afectivos que constituyen roles concretos en las relaciones familiares —"padre", "madre", "hijo"—.

Este entramado, en apariencia respetuoso de la identidad —en su inicial concepción, con escasa visión de la multiplicidad de "identidades"—, comienza a exhibir cierta crisis a la luz del avance de nuevas percepciones de las relaciones familiares que el derecho debe atender. Ya expresaba tiempo atrás Mizrahi que "al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana.

(...)" (15). Así, no siempre identidad filial —emplazamiento— y origen —realidad biológica— deben ir de la mano. Un señero precedente de la Suprema Corte de Mendoza clarificó estas distinciones constituyéndose a partir de él la llamada "tesis ecléctica" en materia de acciones de desplazamiento filial (16), que, sin negar el derecho al conocimiento de la realidad de origen, impone una restricción razonable al establecimiento de los vínculos filiales cuando dicha solución jurídica no encuentra respaldo en la realidad familiar y contraría el interés superior del hijo.

Así también comienza a hacerse posible la pretensión de conocimiento del origen (17), sin impacto en el mantenimiento de los vínculos jurídicos filiales; como también procede dicha indagación del origen en casos en que el cuestionamiento de los vínculos filiales no resulta jurídicamente posible —v.gr., en razón de las caducidades establecidas legalmente (18)—; en estos y otros casos que pueden presentarse es posible reclamar el solo efecto derivado del ejercicio del derecho de acceso al origen: *conocer*.

Cabe aquí recordar la conocida cita del Mtro. Petracchi en su disidencia en el caso "Muller": "...conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo" (19).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha relacionado el derecho de acceso al origen con el derecho de identidad y con el derecho a la vida personal —art. 8º, Convención Europea de Derechos Humanos—(20) afirmando que existe un

interés vital de obtener la información relativa a un aspecto importante de la identidad personal: la identidad de los padres; de allí que el Estado inviste claras obligaciones positivas para facilitar la búsqueda de dicho origen (21). Similar concepción es auspiciada por la Corte IDH (22).

III. La autonomía progresiva de niños y niñas en el ejercicio del acceso al origen

A la luz del citado art. 7º de la CDN, que reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y ser criado por ellos "en la medida de lo posible", corresponde analizar "en qué medida posible" un Estado puede diseñar legítimos límites al acceso a un derecho que, como dijimos, hace parte de la identidad personal, en modo coherente con el test de constitucionalidad de la norma reglamentaria (23) y sin implicar una injerencia indebida (24).

El derecho reglamentario argentino, a través de la ley 26.061, dispuso en su art. 11: "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 arts. 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, 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".

De la norma no surge limitación alguna al ejercicio del derecho. Su actuación, en tanto, vendrá delineada por el principio base en la normativa, cual es la autonomía progresiva de niñas y niños en el ejercicio de sus derechos (arts. 3º, 19, 24, 27, ley 26.061).

Esta noción, principio y derecho constitucional (25) traslada el eje desde el concepto legal rígido de capacidad hacia la noción más empírica —de origen bioético— de competencia, adecuada para definir la legitimación en la disposición de derechos fundamentales (26). Este parámetro, independizado de la capacidad civil de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no tenga plena capacidad civil, si se evalúa que puede formar convicción y decisión razonada respecto de la cuestión que la involucra (27).

El nuevo Código Civil y Comercial asume al principio de autonomía progresiva como el parámetro para la determinación de la capacidad civil. Alejado del rígido piso de edad, sólo considera "incapaz de ejercicio" a "...b) *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente...*". En los casos en que el niño o niña presenta dicha madurez suficiente, se excluye la función representativa de los padres: así, el art. 25 aclara que "...la (persona) que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". Como este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes, se establece la facultad de adolescente de defender su posición con auxilio de asistencia letrada.

La autonomía progresiva importa el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo en el niño o niña, que será valorado prudentemente en cada caso (conf. arts. 5º y 18, CDN; 19, inc. a, 24, inc. b, ley 26.061) (28) y que se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño, contorneando así *su* autonomía progresiva para el ejercicio de derechos (29). Apunta al suficiente discernimiento para asimilar la información brindada y adoptar una decisión, evaluando alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos. Resultan claramente, entonces, las pautas idóneas a los fines de evaluar la posibilidad de ejercitar por sí el derecho de acceso al conocimiento del origen.

IV. El derecho al conocimiento del origen en la filiación natural

La jurisprudencia argentina ha tenido ocasión de expedirse en varios pronunciamientos respecto del derecho de acceso al origen en casos de filiación natural. Así, esta pretensión se ha satisfecho con la interposición de una acción meramente declarativa por quien se considera el padre del niño (30); o por vía de medida autosatisfactiva (31); finalmente, por aplicación del principio *iura novit curia*, permitiendo la reconducción de las acciones a efectos de lograr el objetivo de indagación del origen (32) (33).

Acorde al principio imperante en materia de ejercicio de derechos por niños y niñas, será la autonomía progresiva, dimensionada en su doble vertiente —edad y madurez suficiente— la que habilite la indagación del origen por el niño o niña en estos supuestos.

V. Acceso al origen y técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida —en adelante, TRHA— constituyen una tercera fuente filial (34). Así son receptadas y reguladas en el Código Civil y Comercial (conf. arts. 558 y 560 y ss.). Las razones de esta incorporación son expuestas por dos colaboradoras de la reforma: "la legislación civil regula dos tipos filiales: por naturaleza y por adopción. En la primera, se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien

es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial. Los problemas que surgen del uso de las TRHA no se identifican con los de ninguna de estas dos situaciones, en particular, cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo. (...) En las TRHA heterólogas siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado, y el consentimiento dado blinda la posibilidad de impugnar (...) En definitiva, la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida ha traído un nuevo elemento, la voluntad procreacional que desplaza y es independiente del dato genético. Por esto es que todos los países que han regulado las TRHA han hecho del consentimiento —la voluntad procreacional— el elemento determinante a los efectos de la filiación" (35).

Sin embargo, que el factor relevante a los fines de la determinación filial lo sea la voluntad procreacional — consentimiento informado, arts. 560 y ss., CCiv.yCom.—, no obsta a la posibilidad de reconocer un derecho al conocimiento del dato de origen —en casos de TRHA heterólogas— bajo determinadas circunstancias. Si bien claramente el donante de gametos no se constituirá en "padre" ni "madre" del niño —siendo tales la persona que ha dado a luz y quien se ha sometido a la técnica mediante el consentimiento previo, informado y libre, art. 562—, no se obtura el derecho a acceder al conocimiento de ciertos datos referidos al empleo de la técnica y que involucran a la persona donante, inherentes a la configuración del origen del nacido.

Como vimos, el acceso al origen cuenta con protección constitucional (arts. 7º y 8º, CDN) y no podría sostenerse, sin vicio de interpretación discriminatoria (arg. art. 2º, CDN), que dicha protección sólo es aplicable a los casos de filiación por naturaleza o adoptiva y no al supuesto de niños nacidos de TRHA. Igual interpretación extensiva debe recibir el citado art. 11 de la ley 26.061 cuando dispone que el Estado debe "...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".

El nuevo Código recepta en forma expresa un *derecho a la información* en su art. 563: "Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento".

Explica una de las integrantes de la Comisión de Reformas, junto a dos centrales colaboradoras en la labor de codificación, que se ha empleado adrede la denominación derecho a la información, frente al "*derecho a conocer los orígenes*" a que se alude en el supuesto de adopción: "(l)a comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético..." (36). Avanzando desde esta primera cuestión inicial que guarda relación con la *registro acerca del modo* —empleo de técnicas—, se habilita conocer *concreta información* relativa a datos médicos del donante y, en casos excepcionales, datos identificatorios de él (art. 564).

Un breve paneo de algunas de las soluciones vigentes en el derecho comparado nos permite contextualizar la línea que adopta la legislación argentina. Sintéticamente, una primera postura opta por un anonimato total y absoluto (37); una segunda, lo que podría calificarse como "anonimato relativo", entendiéndose por tal al que permite excepcionalmente el acceso a datos médicos —no identificatorios—; más ampliamente se habilita el conocimiento de la identidad del donante (38) en circunstancias excepcionales; finalmente, la posición más extrema inhabilita el anonimato permitiendo, en todo caso, el conocimiento de los datos e identidad del donante (39) (40).

El Código Civil y Comercial, como dijéramos, optó por una solución intermedia (41), pretendiendo compatibilizar el objetivo de existencia de donantes y el derecho del niño nacido por técnicas a conocer su origen(42). Dice el art. 564: "Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, 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".

Huelga aclarar que el acceso a la información de origen ninguna relación guarda con la determinación de la cuestión filial (43).

Algunos precedentes dictados en los últimos tiempos dan cuenta del impacto que la cuestión relativa al acceso al origen tiene frente a la filiación derivada del uso de TRHA (44). En particular, podemos citar el fallo de la sala 5ª de la Cámara en lo Contencioso Administrativo (45) resolviendo la acción de amparo interpuesta por un matrimonio, por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores, contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que ordene la creación de un registro continente de toda la información relativa a las donaciones de gametos en bancos y centros de fertilidad del país, a fin de que sus hijas y todas las personas nacidas por estas técnicas puedan, al cumplir la mayoría de edad, acceder a la información sobre su origen, con autorización judicial. La sentencia, por mayoría, ordena al Estado nacional la conservación de la información relativa al donante, pero rechaza el acceso a la parte interesada; asimismo, considera que la creación de un registro nacional es materia del diseño legislativo futuro.

Avanzando en el desarrollo, cabe analizar la más compleja cuestión relativa a la determinación del grado de autonomía suficiente para acceder al origen. Para ello tenemos en cuenta que el conocimiento del origen no es un derecho en

expectativa sino un derecho real, legal y constitucionalmente consagrado en favor de los hijos nacidos de las técnicas. El interrogante se centraría en el modo en que habría de ejercerse este derecho.

Un repaso del derecho comparado nos muestra soluciones diversas (46).

Finalmente, desde el derecho proyectado, podemos citar el "Proyecto de Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida" (47), cuyo art. 104 establece: "Toda persona tiene derecho a saber que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante, de conformidad con lo previsto en el art. 564 del Código Civil y el art. 77 de la presente ley y en otras normas que expresa o implícitamente se refieren al derecho a conocer". Los padres deben cumplir "...en la medida de lo posible, con asesoramiento interdisciplinario y conforme a la edad y grado de madurez de la persona nacida". Se reconoce el derecho de las personas nacidas a la información, que subdivide en "información no identificatoria sobre el donante" e "información identificatoria". La persona nacida de TRHA que tuviere "...edad y grado de madurez suficiente puede solicitar del establecimiento especializado interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando ello sea relevante para su salud" (art. 105). Puede asimismo requerir al juez, por el procedimiento más breve, que se le revele la identidad del donante, por razones fundadas (48).

A la fecha, cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 581 y 4058-D-14 que "(...) tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26862 y su reglamentación vigente" (art. 1º) (49). Este Proyecto incorpora en forma expresa en su art. 16 el principio de *confidencialidad* en los siguientes términos: "El aporte de gametos o embriones para terceros reviste carácter reservado y confidencial. Los centros de salud autorizados deben elaborar un legajo con los datos de identidad del o la aportante, incluyendo la información de carácter médico que surja del estudio clínico a que refiere el artículo 4, dejando constancia de los antecedentes clínicos familiares que, bajo el modo de declaración jurada, informe el o la aportante. El legajo del o la aportante reviste carácter confidencial. (...) El centro de salud autorizado debe conservar el legajo en forma permanente y se remitirá copia en soporte magnético al registro único, observando lo dispuesto en el art. 20 de la presente ley. Asimismo en caso de nacimiento con vida deberá remitirse al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas copia del legajo base para la inscripción del nacimiento (...)". A la hora de evaluar la revelación de datos, sigue la línea del CCiv.yCom. y clarifica qué se entiende por "razones fundadas": "(...) El contenido de la información de la identidad del donante sólo podrá ser revelado en los supuestos del art. 564 del Código Civil y Comercial Unificado, teniendo en cuenta como razón fundada, entre otras, cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida" (art. 16, *in fine*).

Como mecanismo garantista del derecho, se establece que constituye infracción en los términos del art. 26, inc. 1): "Omitir la remisión de información que requiera el registro único y del legajo personal de los aportantes de gametos para terceros (...)".

VI. Autonomía progresiva y acceso al origen en la adopción

La búsqueda de los orígenes por los adoptados exhibe una narrativa propia y particular, que amerita detenernos un tanto en ella. La propia ideología que subyace detrás de las regulaciones y de las propias historias de adopción pocas veces colabora con la expectativa de realización del derecho a conocer los orígenes. Como explica Giberti: "se transita desde 'familia de origen' a 'familia biológica' mediante un salto al vacío metodológico (...) queda a cargo de las criaturas adoptadas y de quienes los adoptan, inventar respuestas nominales acerca de sus madres de origen" (50). ¿Qué quiere decir, en materia de adopción, "derecho a conocer la realidad biológica"? (art. 321, inc. h, art. 328): "crear o rescatar una memoria genealógica, asociada a una arqueología de lo que denominan identidad, un ir hacia atrás del adolescente para que pueda asumirse como quien es y, al mismo tiempo, un ir hacia adelante como un nuevo modo de elegirse a sí mismo (...) ya que aportaría 'la verdad' acerca del origen" (51).

La relación o referencia al origen del niño, mayormente seccionado en referencia a su madre, ni siquiera aparece en claro en la ley vigente, que "quiere referirse a ella nominándola como 'realidad biológica'" (52).

Los procesos identitarios en materia de filiación adoptiva proponen una lógica hegemónica desde la mirada de los adoptantes. Sin embargo, aun el mayor esfuerzo no puede evitar la pulsión que despierta la historia preexistente en el adoptivo. Este "ser uno mismo" propio a la identidad, en materia de adopción, asocia el "quién soy" con la pregunta que se formula el propio adoptivo en relación a su historia. Resulta interesante percibir lo particular de la identidad en materia de adopción, uno de los escenarios más profundamente atravesados y favorecidos por los efectos del "poder" frente a la "vulnerabilidad". Giberti alude a "...una marcación que se establece cuando se articula la vulnerabilidad de los niños y el ejercicio de poder por parte de los adultos, que son los que eligen el nombre y, en ocasiones, la nacionalidad, por lo que desde el comienzo se posicionan como reguladores de identidad, ejerciendo ese poder también mediante los discursos que coadyuvan en la construcción de la realidad en la que cada criatura se inserta. Las identidades parten de aquello que los otros significativos digan o hagan con cada niño. (...) No se trata de cualquier otro, sino de otros significativos cuyo punto de inflexión es que partieron de un deseo o de la necesidad de hijo ante la imposibilidad de engendrar y deciden adoptar" (53). "¿Qué hace la ley, un vez sustituida la tutela original por la búsqueda de la institucional? Otorga la identidad de adoptivo, lo filia como hijo de los adoptantes, para lo cual primero debe desagregarlo, deshacerlo del origen (...) ese ser humano no tiene historia, sino que su origen es una 'realidad biológica', una de las peores discriminaciones que se le asignaron" (54).

La delicada cuestión relativa a la posibilidad de indagación y acceso al conocimiento del origen en caso de adopción fue abordada por el TEDH en el conocido caso "Odievre v. France" (55), que resolvió el conflicto de intereses suscitado entre la petición de la Sra. Odievre —mayor de edad—, que pretendía acceder a la información nominativa sobre su origen y la intimidad de la madre que había entregado en adopción a su hija bajo la figura del parto anónimo. La Sala Grande del Tribunal resolvió por mayoría la inadmisibilidad del pedido de Odievre. Consideró que no se hallaba en juego el derecho a la vida familiar, por cuanto ella había formado una familia —por adopción—; analizó que si bien el derecho al conocimiento del origen se encuentra amparado bajo el respeto a la vida privada, el derecho de la madre a mantener su anonimato también protege su privacidad. Resaltó igualmente la existencia de un interés general, dado por la figura del parto anónimo.

Kemelmajer de Carlucci discrepó con la solución del TEDH, considerando que en el caso, "bajo la apariencia de aplicar el principio de proporcionalidad y compatibilizar todos los intereses en juego, la Corte Europea concluyó negando un derecho que comenzó calificando de derecho fundamental: el derecho a *recibir la información necesaria para saber quién soy, aunque sea sólo biológicamente hablando*" (56). Planteó, además, ciertos interrogantes sobre la diferencia deslizada en el fallo entre el derecho a conocer el origen de adultos y niños. "(...) el tribunal parece insinuar que la solución pudo ser otra si la Sra. Ordievre, en lugar de ser una mujer adulta, hubiese sido un niño. La pregunta es, pues, si la solución debió ser distinta". Afirma que "adulto o niño, toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico; la respuesta no debería variar. Por supuesto que si hubiese sido una niña, con mayor razón, con mayor fuerza, la solución dada por el tribunal sería errónea por vulnerar la Convención de los Derechos del Niño. Recuérdese que el texto otorga el derecho a conocer el origen biológico 'en la medida de lo posible' y no hay dudas que, en este caso, la revelación es perfectamente posible; basta consultar los expedientes".

En el derecho argentino, la regulación tradicional de la adopción bajo sus dos tipos rígidos, simple y plena, aparejó para la segunda la consecuencia inexpugnable de extinción de los vínculos de origen con más la irrevocabilidad. Sin embargo, la ley 24.779 no omitió la consideración del origen, previendo la necesidad de dar a conocer al adoptado su realidad, si bien este derecho se supeditó a la edad de 18 años. Así, el art. 321, inc. h), exige hacer constar en la sentencia el compromiso del adoptante de hacer conocer al adoptado su realidad biológica. Y el art. 328 dispone que el adoptado podrá acceder al expediente a partir de los 18 años (57).

En este contexto normativo, la más calificada doctrina ha dicho: "Los avances operados en el campo social, especialmente en la psicología como en la sociología, dieron cuenta sobre los efectos negativos derivados de la idea del 'secreto' que rodeó a la figura de la adopción en sus albores. En la actualidad, no se duda sobre la imposibilidad de construir la propia identidad ante la falta o falsa sapiencia relativa a los orígenes. (...) este derecho a conocer los orígenes circunscripto al campo de la adopción se habría ampliado, ya que no sólo alude a la idea de saber que se es adoptado y/o quiénes son sus padres biológicos —o sea, el aspecto genético, punto de vista de carácter restrictivo que la ley recepta al referirse en el art. 328 del Código Civil a la "realidad biológica"— sino también a lo que aconteció antes de la adopción, a la biografía o historia del adoptado, es decir, todo dato que se pueda recabar sobre la familia de origen, las causas de la adopción, qué fue de su vida durante el tiempo de institucionalización, si lo hubo, cómo fue la elección de los adoptantes, por citar algunos elementos relevantes de lo que se entiende en la actualidad bajo el concepto de "orígenes" (58).

La ideología de quiebre de la vinculación con el origen en los casos de adopción plena se visualiza igualmente en la regulación registral dada por la ley 26.413, cuyo art. 48 dispone: "En los casos de adopciones plenas se procederá a inmovilizar mediante nota marginal el acta de nacimiento original y a practicar una nueva inscripción de nacimiento en los libros respectivos con todos los recaudos del artículo 36. En el asiento original deberá dejarse constancia de la disposición u oficio que ordena la nueva inscripción, de acuerdo a la normativa vigente en cada jurisdicción, siendo suscripto el nacimiento por el o los adoptantes, si fuera esto posible". A diferencia, en el caso de adopción simple, la inscripción se practica por nota marginal en el acta de nacimiento (59).

A pesar de estos aparentes cerrojos, la jurisprudencia tuvo ocasión de atender reclamos relacionados con la indagación del origen en casos de adopción plena. El Tribunal Superior de Justicia de Santa Fe (60) revocó la sentencia que denegó el planteo de una joven menor de edad de conocer el paradero de dos de sus hermanos de sangre dados en adopción plena y mantener contacto con ellos. Resolvió que, con audiencia de los padres adoptivos y del Ministerio de Menores y asistencia profesional necesaria, debía anoticiarse al adoptado la pretensión planteada, dejando en sus manos la decisión final por hallarse en juego también el respeto de su esfera íntima.

La Corte Suprema Nacional, en tanto, ha abordado esta cuestión en supuestos relacionados con la sustracción y sustitución de identidad de menores de edad por el accionar de las fuerzas de la dictadura militar. Cuando la víctima ha sido menor de edad, el Máximo Tribunal se pronunció en favor de la producción de las pruebas tendientes a demostrar la verdad de origen (61), afirmando que las facultades del representante legal no pueden justificar su oposición.

Finalmente, en un reciente precedente dictado por la Suprema de Corte de Justicia de Buenos Aires (62), se reconduce el objeto de la acción acorde a la pretensión real: en un caso de adopción plena, quien se alega el padre biológico requiere indagar la consanguinidad con el niño y definir la conveniencia de una vinculación afectiva —no jurídica— de carácter familiar; dijo allí la Corte que esta pretensión es tutelada mediante el reconocimiento de un derecho autónomo y de más amplio alcance que el de determinación filial, también con amparo constitucional, derivado de la dignidad de la persona e identidad: el derecho al acceso al conocimiento del origen y a una eventual vinculación entre padre e hijo, con respeto de la opinión del niño en función de su edad y madurez y "bajo un estricto análisis de las consecuencias que de la misma puedan desprenderse, siempre que ello sea beneficioso para el adoptado".

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 595, enumera entre los "Principios generales" de la adopción: "(...) b) el respeto por el derecho a la identidad; (...) e) el derecho a conocer los orígenes (...)". Avanzando más aún, reconoce en forma expresa el derecho al conocimiento del origen e incorpora una acción judicial expresa dirigida a estos fines. Así, dice el art. 596: "Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en que tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente (...)".

El párrafo final del artículo incorpora en forma expresa una acción autónoma dirigida al conocimiento del origen: "(...) Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente (63) está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso debe contar con asistencia letrada" (64). Así, entonces, *todo* adoptado, a condición de presentar *edad y grado de madurez suficiente*, tiene derecho al conocimiento de sus orígenes (65). La previsión no resulta discriminatoria respecto de quienes no presenten dicha madurez, en virtud del impacto que importa para un niño el acceso al conocimiento de determinados datos de su historia. El acceso opera a su propia petición, "cuando lo requiera", siendo la edad y madurez los parámetros a analizar por el juez y, obviamente, en función del mejor interés del niño (66).

¿Cuál debería considerarse la "madurez suficiente" para acceder al derecho regulado? En principio, la propia expresión de pretensión de un niño/adolescente en el sentido de interrogarse y querer conocer sobre sus orígenes aporta por sí misma una aptitud para esta inquietud vital, que merece ser escuchada por las autoridades (67). En cuanto a la extensión o "hasta dónde" alcanza el derecho a conocer, él refiere, a diferencia de la regulación tradicional, no sólo al proceso de adopción, sino a todos los procesos judiciales —proceso de control de legalidad de la medida de protección que importó la separación familiar del niño; solicitud de declaración de adoptabilidad (art. 607, CCiv.yCom.) y adopción propiamente dicho—; también los procesos de carácter administrativo —medidas de protección— y *toda información* que conste en registros públicos y privados; v.gr., el hogar o institución en que se cumplió su medida de separación familiar, los registros de visitas, los legajos de los Centros de Protección de Derechos que intervinieron en el marco de la medida excepcional de protección, etcétera.

Además de este amplísimo derecho, el Código consagra una acción judicial autónoma expresa, dirigida a conocer los orígenes y que en nada obtura o afecta la filiación adoptiva (68). El patrocinio letrado sólo se prevé en este segundo supuesto.

VII. Palabras finales

Cerrando lo que pretendió ser un breve aporte que abordase ciertas puntuales cuestiones centrales en la narrativa del derecho a conocer los orígenes, nos permitimos citar las palabras de Bauman: "La identidad, digámoslo claramente, es 'un concepto calurosamente contestado'. Donde quiera que usted oiga dicha palabra, puede estar seguro de que hay una batalla en marcha. El hogar natural de la identidad es un campo de batalla. La identidad sólo vuelve a la vida en el tumulto de la batalla; se adormece y queda en silencio cuando el fragor de la batalla se desvanece. Por tanto, no se puede evitar impedir lo uno y lo otro. Tal vez pueda ser deseada sin parar (y lo es normalmente, por filósofos que luchan por elegancia lógica), pero no puede ser obviada sin parar y todavía menos, abolida sin parar en la práctica humana" (69).

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Magistratura judicial (UNMDP). Diplomada en Protección Jurisdiccional de Derechos de Infancia (UNICEF-Universidad Diego Portales). Asesora de Incapaces del Departamento Judicial Mar del Plata.

(**) Arendt, Hannah, *La crisis de la cultura (La crisis de l'education)*, Gallimard, Paris, 1972, cit. por Thèry, Irène, "El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento", *Revista de Antropología Social*, 2009, nro 18, p. 36.

(1) Pueden verse, entre otros, Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006; Krasnow, Adriana N., *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006; Cifuentes, Santos, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL 2001-C-759; Zannoni, Eduardo, "Adopción plena y derecho a la identidad personal", LL 1998-C-1179; Rivero de Arhancet, Mabel, "El derecho a la identidad en materia filiatoria", en *El derecho de familia en Latinoamérica* 2, vol. 2, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, ps. 907-922; Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, 2008; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de

filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odievre v. France', RDF 26-77 y ss.

(2) Bauman, Zygmunt, *Identidad*, Losada, Buenos Aires, 2005, p. 32.

(3) BAUMAN, Zygmunt, *Identidad*, cit., p. 58.

(4) Denick, Lars, "Transformation of identities in rapidly changing societies", en Carleheden, Mikael y Jacobsen, Michael (eds.), *The Transformation of Modernity: Aspects of the Past, Present and Future of an Era*, Ashgate, 2001, p. 194.

(5) Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 113 y ss.

(6) Puede observarse la amplitud del criterio jurisprudencial —coherente con la visión constitucional del derecho familiar— en cuanto a la independencia entre nombre y filiación, al admitir, v.gr., la inmutabilidad del primero aun frente al resultado favorable a una impugnación filial y/o, a la inversa; como también la morigeración de la rigidez de la causal de justos motivos para la modificación del nombre, cuando el pedido obedece a la autoconstrucción identitaria de la persona; y, como máxima muestra, la posibilidad —receptada en la Argentina mediante ley 26.573— de modificar la identidad asignada al nacer a los fines de su adecuación a la identidad de género autopercibida.

(7) C. Nac. Civ., sala M., 24/10/2003, "G., D. M s/filiación", ED 188-617.

(8) Siverino Bavio manifiesta: "...que los datos identificatorios están lejos de ser estáticos. Lo que en todo caso podría considerarse estático es el punto temporo-espacial desde el cual el Estado realiza el 'corte' y plasma en un documento los datos identificatorios...". En tanto, lo que se "...entiende por 'dinámico': el 'derecho a conocer la específica verdad personal', estaría de hecho más relacionado con los elementos que la doctrina considera 'estáticos' e involucra otras cuestiones, tales como el derecho al acceso a la información y el derecho a la verdad a fin de constatar si los datos identificatorios que hacen a la filiación son fidedignos". Siverino Bavio, Paula, "Derecho a la identidad y verdad biológica, desde el derecho internacional de los derechos humanos", RDFyP 2013 (diciembre), AR/DOC/3740/2013.

(9) Ver C. Civ. y Com. Mar del Plata, reconociendo el derecho a la identificación de la persona y la portación de su nombre, con independencia del emplazamiento filial. C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, "S., M. C.", 19/2/2013, AP AP/JUR/47/2013.

(10) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano...", cit.

(11) Código Civil y Comercial, art. 558: "Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción...".

(12) Thèry, Irène, "El anonimato...", cit., p. 36, cit. por Minyersky, Nelly y Flah, Lily, "Reproducción asistida. Derecho a la identidad. Dilemas y contradicciones", RDF 66-216.

(13) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010, ps. 69, 70.

(14) Conf. observación general 14, Comité de Derechos del Niño, sobre "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

(15) Mizrahi, Mauricio L., "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LL 2004-E-1197.

(16) Sup. Corte Just. Mendoza, 12/5/2005, "L. C. F. por la menor A. M. G. v. A. C. A. G. P. A. C.", LL Gran Cuyo, marzo 2006, p. 240.

(17) Ver con provecho, Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, t. II, Universidad, Buenos Aires, 2008; Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, cit., t. II, p. 790; Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LL 2012-E-1257, 9/10/2012, ps. 1 y ss.; Herrera, Marisa, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía-Blanc", Suplemento Especial El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil, Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), JA 2012-II, 20/6/2012, ps. 84/98; Herrera, Marisa, "El derecho a ser uno mismo en la adopción. Una revisión crítica sobre el derecho a conocer los orígenes", El Dial on line, 2/10/2007.

- (18) C. Nac. Civ., sala B, 26/10/2011, "S., R. N. v. M., M. R. y otro", AP AP/JUR/682/2011. La Cámara aclaró que la desestimación de la acción de impugnación no importaba ocultar el origen de la niña, mediante una eventual acción autónoma a promover a ese fin.
- (19) Corte Sup., 13/11/1990, LL 1991-B-473 y ED 141-263.
- (20) TEDH, caso "Mikulic v. Croacia", 7/2/2002; "Bensaid v. The United Kingdom" (Application nro. 44599/98; 2001, 6/2/2001); "Gaskin v. The United Kingdom" (Application nro. 10454/83); "Jäggi v. Switzerland" (Application nro. 58757/00; 2006); "Phinikaridou v. Cyprus" (Application nro. 23890/02; 2008); "Odièvre v. France" (Application nro. 42326/98; 2003).
- (21) TEDH, "Burghartz v. Switzerland" (Application nro. 16213/90; 1994) y "Mikulic v. Croatia", cit.
- (22) CIDH, "Caso Gelman v. Uruguay", 24/2/2010, Serie C, nro. 221; "Caso Fornerón e hija v. Argentina", 27/4/2012, Serie C, nro. 242; "Caso Contreras y Otros v. El Salvador", 31/8/2011, Serie C, nro. 232.
- (23) Sobre la reglamentación de los derechos constitucionales familiares, Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El derecho de familia...*, cit.
- (24) Ver sobre el principio de subsidiariedad de injerencia estatal, Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, cit., t. I, ps. 216 y ss.
- (25) Conf. art. 5, CDN, observación general 14 sobre "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", Comité de Derechos del Niño.
- (26) Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 14/10/2003, LL 2004-B-413.
- (27) Minyersky, Nelly, "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa (comps.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur*, LexisNexis, Buenos Aires, p. 255.
- (28) Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 453 y ss. La OC-17 de la CIDH ha establecido que se "...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...".
- (29) Lansdown, Gerison, "La evolución de las facultades del niño", Innocenti Insight, *Centro de Investigaciones Innocenti*, UNICEF, 2005, www.unicef-ir.org.
- (30) C. Civ. Com. y Laboral Gualaguaychú, 31/5/2012, "C. J. M. v. G. M.", LLL 2012-1173; Juzg. Familia Córdoba n. 4, 7/9/2005, "F. C.", RDF 2006-III-159.
- (31) C. Nac. Civ., 29/5/2008, "V., J. E. v. P., G. M.", LL 2008-D-344 y RDF 2009-I-15; Trib. Coleg. Familia n. 5, Rosario, 28/5/2004, "B., F. v. De P., R.", RDF 2004-III-155; Trib. Familia. Morón, 12/12/2005, "A., V. E.", cit. en Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección...*, cit., ps. 246 y ss.; Krasnow, Adriana, "La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la identidad de origen sin impactar en el vínculo filial", RDF 39-45 y ss.
- (32) C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 25/8/2011, "S. M. C. v. AL. M. A.", LLBA 2011-1121. Dijo la Cámara: "el concepto de identidad filiatoria no es el correlato del dato puramente genético, va mucho más allá: una cosa es tener derecho a conocer ese dato, y otra, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético". Superior Tribunal de Justicia de Brasil, 24/3/2010 "M., S. de O. y ots.", RDF 2011-IV-199, resolvió que los posibles nietos, ante la inacción de su padre en vida, se encuentran legitimados para conocer su origen por medio de una acción declarativa, reconociéndose un concreto *derecho a la ancestralidad*. C. Nac. Civ., sala K, 23/9/2003, "G., C. R. v. C., P. E.", LL 2004-B-970. Juzg. Familia. Córdoba, 4ª, "F., C.", 7/9/2005, RDF 2006-III-159.
- (33) En el derecho comparado podemos citar la ley para la clarificación de la paternidad —independiente de la existencia de un procedimiento de impugnación—, "Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren",

del 1/4/2008, que permite que pueda clarificarse la paternidad mediante la realización de pruebas biológicas, sin que ello traiga aparejada la impugnación del vínculo filial existente.

(34) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Derecho Privado*, año I, nro. 1, Infojus, ps. 9/10; Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; Krasnow, Adriana, *La filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006; De Lorenzi, Mariana, "La voluntad procreacional. ¿Cuánto vale el 'sí quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana", en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dirs.), *El derecho de Familia en Latinoamérica*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010, ps. 697 y ss.; Rotonda, Adriana, "La ley 14208: las técnicas de procreación asistida y su cobertura por el sistema de salud en la provincia de Buenos Aires", APBA 2011-9-984.

(35) Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: Técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", *Microjuris*, 12/4/2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

(36) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial...", cit., ps. 17/18.

(37) V.gr., Francia, ley 94-654, del 29/7/1994; Italia, ley 40, del 19/2/2004; Dinamarca, "Act on Medically Assisted Reproduction" del año 1997; Ucrania, resolución 771, Ministerio de Salud; Brasil, resolución del Consejo Federal de Medicina 1957, del 15/12/2010; asimismo, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Grecia, Hungría, Irlanda, Portugal, República Checa, Rumania, Rusia, entre otros.

(38) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Síntesis debate sobre procreación asistida. Tercer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur", RDF 2009-p. 499; "El derecho humano...", cit., ps. 77/99; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL del 20/9/2010, p. 1, LL 2010-E-977; Krasnow, Adriana N., "Filiación, homoparentalidad y determinación", en Iglesias, Mariana; Krasnow, Adriana y de Lorenzi, Mariana, *Matrimonio civil entre personas de igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio*, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 199 y 224; Famá, M. Victoria, "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial", *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar — Disertaciones y Ponencias*, La Ley — AbeledoPerrot, 2012, ps. 358/359.

(39) Suecia, ley 1140, del 20/12/1984; Suiza, ley sobre procreación médicamente asistida, año 2001; Alemania, ley 745/90, del 13/12/1990; Austria, ley de medicina reproductiva del 4/6/1992; Finlandia, ley 1237/2006; Noruega, *Act on the Medical Use of Biotechnology*, 100/2003; Nueva Zelanda, Inglaterra.

(40) Párrafo aparte merece la mención de quienes —obviando la necesidad exigible al derecho de regular las conductas sociales que se presentan en la práctica— califican a las técnicas de "inmorales" y por tal razón no apoyarán el secreto bajo ninguna circunstancia. Sambrizzi, Eduardo, "Apuntes sobre la filiación en el Proyecto", DFyP, 2012, AR/DOC/2492/2012; Basset, Úrsula, "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", L L 2011-F-1005; Lafferrière, Jorge, "La ley 26618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño", DFyP, 2012, AR/DOC/51/2012.

(41) Conf. ley portuguesa 32/2006 y Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida

(42) Una investigación llevada adelante por integrantes del CEGyR (Centro de Estudios en Genética y Reproducción) arroja algunos datos de interés. Si bien limitada desde el recorte de universo de abordaje: niños nacidos por ovodonación, al momento de evaluar la apertura de la información a los niños por parte de sus progenitores, arroja como resultado: un 37,4% refirieron deseo de hacerlo en el futuro; sólo un 8,7% de mujeres ya habían contado a su hijo; un 30,4% aún no habían tomado decisión al respecto y el 23,5% pensaban no contarle. De las mujeres que habían informado a sus hijos, el 80% lo hizo a los 3 o 4 años. El restante 20% entre los 4 y 6 años. Respecto de la reacción de los niños, un 50% lo fue en forma neutral y el otro 50% en forma positiva. Las principales motivaciones "para contar" fueron la sensación inadecuada respecto de un secreto de esta naturaleza, y el derecho del niño a saber; en tanto, para no contar, las razones invocadas fueron "la carencia de sentido" por ser "la madre" la gestante, o el temor a producir un daño psicológico. Fernández, Darío; Ugozzoli Lluar, M. Florencia; Riestra, Bárbara; Nabel, Adan y Papier, Servio, "¿Cuántos niños nacidos por ovodonación conocen su medio de concepción?", RDF 65-325 y ss.

(43) Ver C. Nac. Civ., sala E, 26/3/2012, "C., V.", RDF 2012-V-21. Con nota de Fortuna, Mariana J., "Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de

reproducción humana asistida". Se trataba de un caso de empleo de TRHA heteróloga, con participación de dos mujeres, determinándose la maternidad en favor de la gestante. La pareja solicita la adopción integrativa y, al tomar intervención el Defensor de Menores, exige que el centro de salud remita en sobre cerrado copia de la documentación que permita acceder a los datos del tercero dador. Fundamenta su pedido afirmando que "se encuentra incierto un elemento de la identidad de mi defendido, que es la filiación paterna, no ya en cuanto al emplazamiento de estado, sino por la posibilidad de conocimiento del mismo de su realidad biológica cuando tenga edad suficiente". El director del centro de salud recurre la decisión que le imponía brindar dicha información. La sala E de la Cámara Civil revoca lo resuelto, sosteniendo que "...El proceso de adopción está encaminado a ilustrar al juez sobre la conveniencia de la petición para el menor adoptado... en tal situación... es una cuestión que excede notoriamente el ámbito cognoscitivo de este proceso y que resulta propia de una acción de reclamación de estado...". Corresponde disentir con la calificación de la acción señalada por la alzada, pues dicho eventual conocimiento futuro lo será en el marco de una acción autónoma dirigida al conocimiento del origen y no en un proceso filial.

(44) En el marco de un proceso dictado a fin de determinar la filiación de una niña nacida a través de gestación por sustitución, se dispone: "...que, en forma análoga a lo previsto por el art. 321, inciso h), CCiv., se haga constar en la eventual sentencia a dictarse, que los coactores se comprometen a hacer conocer a su hija, la realidad del modo en que se gestó y segmentó su nacimiento". Juzg. Nac. Civ. n. 86, "N.N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento", 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR, RDF 2013-VI-57.

(45) "C., E. M. y otros v. Estado Nacional — Ministerio de Salud s/amparo ley 16.986", 29/4/2014.

(46) El Reino Unido permite que las personas nacidas de técnicas puedan obtener información sobre las características del donante y aun su identidad. *Statutory Instrument 2004 nro. 1511 — The Human Fertilization and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*, 1/7/2004. En el año 2008, la legislación estableció los 16 años como edad mínima a los fines de acceder a información no identificativa y 18 años para conocer lo referido a la identidad del donante. *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, 13/11/2008, Sections 31ZA, 31ZD y 31ZF. La ley 19167 de Uruguay dispone en su art. 10: "El o los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su concepción". A su turno, el eventual acceso a la identidad del donante se contempla en su art. 21, al disponer: "Identidad del donante. La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al juez competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 de la presente ley. La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación. (...)". La remisión a los citados artículos regula las siguientes cuestiones: el art. 22 lo relativo al "secreto profesional": "Toda la información relativa a la donación de gametos se encuentra alcanzada por el secreto profesional y en todos los casos sujeta a las responsabilidades que establecen las leyes y los códigos de ética vigentes...". En cuanto a la legitimación: "La acción referida en el art. 21 de la presente ley, podrá ser ejercida por el nacido por aplicación de la técnica de reproducción humana asistida o sus representantes legales y, en caso de que hubiere fallecido, por sus descendientes en línea directa hasta el segundo grado, por sí o por medio de sus representantes" (art. 23). Regula el proceso por medio del cual se accederá al origen, en el que, previa vista al Ministerio Público y fiscal, el juez competente requerirá por oficio información a la institución donde se realizó la técnica, relevándola del secreto y solicitando la identidad del donante, la que será notificada en forma personal al demandante (art. 24). La ley sueca reconoce que el nacido que cuente con madurez suficiente puede consultar el registro de donación con asesoramiento de una Comisión especial. La ley alemana de protección embrionaria establece que todo ser humano tiene derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético a sus 18 años. En Australia, según ley de 1995, se establece que la información puede ser dada cuando el hijo alcance la mayoría de edad. En Austria, en tanto, el nacido de gametos de un tercero tiene derecho a obtener datos identificatorios de su donante a partir de los 14 años. En casos médicos excepcionales, también el guardador o representante del niño pueden acceder a esta información. En Finlandia, la ley 15/10/2006 dispone que toda persona nacida mediante donación de gametos o embriones tiene derecho, al cumplir los dieciocho años, a obtener del centro de fertilidad una copia del consentimiento para tratamiento y el código del donante que figura en ella, pudiendo así conocer la identidad del donante. En Noruega, a los dieciocho años se puede obtener información relativa al donante. Los Países Bajos permiten el acceso a información genérica desde los doce años y a la identidad del donante a los dieciséis. En Nueva Zelanda se va un paso más allá, tras la creación en 2004 de un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por TRHA. En España, la ley 14/2006 dispuso el carácter anónimo de la donación. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad; igual derecho corresponde a las personas receptoras de los gametos y de los preembriones. "Sólo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comprometen un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes".

(47) Presentado el 27/5/2014, expte. nro. 4058-D-2014. Firmantes: Brawer, Gagliardi, Linares, Scotto, Ferreyra, Carrizo, Gaillard, Junio, Guccione y Segarra.

(48) Art. 106 (Derecho a la información. Información identificatoria sobre el donante): "Toda persona que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar al juez competente que se le revele la identidad del donante. "La persona menor de edad que ejerce ese derecho por sí debe intervenir con patrocinio letrado."Si considera que existen razones fundadas, el juez puede ordenar el libre acceso: al legajo del donante, al establecimiento especializado interviniente; o al legajo respectivo del Registro Único de Donantes, al Registro Nacional de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En todos los casos, la petición tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local".

(49) "Art. 34.— Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República Argentina. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes".

(50) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI...*, cit., ps. 90 y ss.

(51) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI...*, cit., p. 102.

(52) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI...*, cit., p. 37.

(53) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI...*, cit., ps. 67, 68.

(54) Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI...*, cit., p. 74.

(55) TEDH, "Odievre v. France", 13/2/2003.

(56) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano...", cit.

(57) Ver críticas presentes ya en Herrera, Marisa, *El derecho...*, cit., t. 2, ps. 115 y ss.: "la norma es meramente formal y no determina las formas en que el compromiso debe asumirse"; su falta de cumplimiento importará un indebido ejercicio de la potestad adoptiva, afirmando incluso la procedencia de la reparación de daños y perjuicios ante su incumplimiento, por encontrarse en juego un derecho humano fundamental.

(58) Herrera, Marisa, "El derecho a ser...", cit.

(59) V.gr., algunos Estados de Estados Unidos posibilitan que los adoptados puedan acceder a su certificado original de nacimiento u obtener información identificativa sobre sus padres de origen, si pueden probar una causa suficiente (v.gr., Columbia); otros permiten a los adoptados el pleno acceso a los datos identificativos de los padres, siendo la excepción la confidencialidad, v.gr., Tennessee, Delaware, Hawaii, Indiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska y Ohio, Alaska, Kansas, Nueva York y Vermont. En Inglaterra y Gales (Children Act de 1975 y Adoption Act de 1976) se concede a los adoptados mayores de edad el derecho a obtener una copia de su certificado de nacimiento, con los datos de su nombre original, lugar de nacimiento, nombres de sus progenitores. El derecho francés resulta reticente al acceso (arts. 56 y 57, Code Civil, y art. 341.1, ley de reforma 93-22, del 8/1/1993, art. 27, que prevé la figura del parto anónimo). La ley 2002-93, del 22/1/2002, referida al acceso de los orígenes de los adoptados, crea un Consejo Nacional encargado de facilitar el acceso a datos personales sobre el origen, dentro de las condiciones previstas en la norma. Los padres biológicos deben autorizar el levantamiento de la confidencialidad sobre su propia identidad. En Italia, la ley del 28/3/2001 dispone que los padres adoptivos deberán informar al hijo sobre su condición, pero la certificación expedida por el Registro debe consignar sólo la nueva filiación, sin mención a la de origen. La información sólo podrá brindarse a los padres adoptivos si existen motivos graves y fundados. En iguales condiciones puede hacerlo el adoptado mayor de edad. En Alemania, se otorga al adoptado mayor de 16 años la facultad de consultar directamente los libros del Registro Civil. García Villalunga, Leticia y Linacero de la Fuente, María, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado. Proyecto de investigación Normativa sobre la búsqueda de orígenes de los adoptados en España y derecho comparado", www.msc.es/politicaSocial/.../docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf.

(60) Corte Sup. Just. Santa Fe, "L., A. K.", 30/11/2004, LLL, 2005, junio, p. 438.

(61) Corte Sup., disidencia del ministro Petracchi *in re* "Müller" (Fallos 313:1113); "H., G. S." (Fallos 318:2518); "Guarino" (Fallos 319:3370).

(62) Sup. Corte Bs. As., 26/2/2013, "R., V. D. V.; R., Y. N.; R. S.", Abeledo Perrot, Buenos Aires, nro. 9, 2013, ps. 1154 y ss. Con nota de Krasnow, Adriana N., "Un fallo ejemplar que amplía con un criterio de equidad y humanidad los límites

del vínculo filial adoptivo". Fernández, Silvia E., "Adopción 'plena'... (¿Desde qué mirada?). Sobre la armonización del derecho de identidad del adoptado, familia de origen y adoptantes, frente al acceso al conocimiento del origen, en un caso de adopción plena", RDF 2013-IV-78. Quien resultaría el progenitor biológico no reconoció oportunamente al niño, según expresa, por carecer de su documento de identidad. Se concedió la adopción plena del hijo a un matrimonio, a sus dos años de edad. Contemporáneamente, la madre había fallecido. Cuando el niño tenía cinco años, el alegado padre biológico pidió ante el tribunal de menores "el inicio de un proceso de revinculación con su hijo y la conformación de un 'triángulo adoptivo". El tribunal rechazó la solicitud, por entender que, al haberse dictado la adopción plena, el peticionante "carece de legitimación activa" para solicitar su nulidad; a ello agregó la referencia a la barrera impuesta por la ley para la promoción de acciones filiales en caso de adopción plena.

(63) El Código Civil presume que a partir de los trece años —adolescente— se cuenta con el grado de madurez suficiente para poder incoar esta petición por derecho propio y con la pertinente asistencia letrada.

(64) Explican los fundamentos: "se logra un equilibrio entre el derecho a la identidad y la irrevocabilidad de la adopción plena, siendo posible que el adoptado conozca sobre sus orígenes, sin que ello altere el vínculo jurídico adoptivo".

(65) No se establece una edad determinada para ejercer de manera personal el derecho; todo adoptado con madurez suficiente que presente inquietud sobre sus orígenes podrá indagarlo. Fundamentos Anteproyecto.

(66) Fernández, Silvia, "Protección integral de derechos de infancia. Avances y retrocesos de las leyes 26061 y 13298 en materia de derecho a la identidad y de acceso al conocimiento del origen biológico", LNBA nro.7, julio 2008, p. 736.

(67) Conf. dec. 2316/2003 de la CABA, ley 153 de salud básica: "Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)".

(68) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Familia de origen v. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", Supl. Const. 2011 (noviembre), p. 20, LL 2011-F-225; Herrera, Marisa, "El régimen adoptivo...", cit.

(69) Bauman, Zygmunt, *Identidad*, cit., ps. 163, 164.