

LA EFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES EN LA ADOPCIÓN

Autores: Rosalía Muñoz Genestoux y Mercedes Robba*

Resumen:

Tomando como punto de partida el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes en la adopción, en clave de derechos humanos, analizamos el art. 596 del CCyC que regula dos vías mediante las cuales el adoptado puede efectivizar su derecho a conocer los orígenes: el acceso a los expedientes judiciales y administrativos y la acción autónoma que puede iniciar el adolescente con asistencia letrada.

Dentro de las propuestas que realizamos destacamos el establecimiento de protocolos para conservar y resguardar la información de manera adecuada y completa, la capacitación a los profesionales intervinientes y, en la acción autónoma, la amplitud probatoria y el principio de oficiosidad. Asimismo, consideramos que el patrocinio de los adolescentes debe ser gratuito y a cargo del Estado.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) ha incorporado grandes modificaciones en materia de adopción entre las que podemos destacar las relacionadas con el derecho a conocer los orígenes de niños, niñas y adolescentes.

En esta ponencia pretendemos señalar la importancia del derecho a la identidad, remarcando la diferencia con el derecho a conocer los orígenes, su reconocimiento en el CCyC y la novedosa incorporación de la acción autónoma para conocer los orígenes.

En esa línea, reflexionaremos sobre los mecanismos que posibilitarán la efectivización del derecho a conocer los orígenes en la adopción tanto a partir del acceso a los expedientes judiciales y administrativos así como también respecto del inicio de la acción autónoma.

2. El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes

Cabe destacar que el derecho a conocer los orígenes forma parte del derecho a la identidad pero, desde hace algunos años, ha adquirido una notabilidad tal que ocupa un espacio autónomo en el campo de la adopción. El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes tendrían entonces una relación de género y especie. Si bien este último forma parte del derecho a la identidad reconocido en Tratados y Convenciones

* Rosalía Muñoz Genestoux. Ayudante de Segunda de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” de la Universidad de Buenos Aires. Mercedes Robba. Ayudante de Segunda de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” de la Universidad de Buenos Aires. Con el aval de Marisa Herrera. Profesora adjunta de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” de la Universidad de Buenos Aires.

Internacionales de Derechos Humanos¹ podemos realizar una diferenciación entre un concepto y otro.

Sin perjuicio de tal distinción, es necesario remarcar que ambos son derechos humanos y ambos implican el ejercicio de derechos personalísimos (art. 26 CCyC).

El reconocido jurista peruano Fernández Sessarego ha sostenido que el concepto jurídico de la identidad es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad [...] es todo aquello que hace cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’”². Partiendo de este concepto, el autor identificó que la identidad presenta dos aspectos: uno estático, inmodificable; y otro dinámico, que se modifica en el tiempo. Así, la identidad estática se encuentra conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (por ejemplo: el nombre, la imagen, el estado civil, la edad, la fecha de nacimiento). Mientras que la identidad dinámica comprende el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales³.

Así, mientras que el derecho a la identidad en la adopción involucra dos aspectos: “...todo lo referido a la familia de origen se encontrará referido a la faz estática y lo relativo a la familia adoptiva, a la identidad en su faz dinámica o cultural”⁴, el derecho a conocer los orígenes importa “...no sólo [...] la idea de saber que se es adoptado y/o quiénes son sus padres biológicos –o sea, el aspecto genético [...]– 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 ejemplos relevantes de lo que se entiende en la actualidad bajo el concepto de ‘orígenes’. En otras palabras, elevar los orígenes al rango de derecho humano implicó complejizar este concepto en todos los campos donde se presenta, siendo uno de ellos el de la adopción”⁵.

En suma, el derecho a conocer los orígenes implica, en un primer momento, el conocimiento del vínculo que une al niño, niña o adolescente con quienes ejercen la función parental, es decir, saber que no soy hijo/a biológico de mi/mis madre/padre, madres/padres para, con posterioridad, poder saber su historia, su biografía, conocer las circunstancias que motivaron su adopción y los obstáculos que atravesó su familia de

¹ El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra consagrado en los arts. 7, 8 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño. Asimismo, está consagrado en los arts. 33 y 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, arts. 17 y 18 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la dignidad que proclama el art. 1 de la Declaración Universal de los derechos humanos, entre otras normas.

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992. P. 113.

³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Aspectos jurídicos de la adecuación del sexo, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, N° 16, julio-septiembre, 1998, citado en GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Tomo II, 1ª edición 1ª reimpresión, Ediar: Buenos Aires, 2012, p. 708.

⁴ HERRERA, Marisa, *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloverás, Nora (directoras), Tomo III, Edición 1°, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, p. 50.

⁵ HERRERA, Marisa, *El derecho a ser uno mismo en la adopción. Una revisión crítica sobre el derecho a conocer los orígenes*, cit. en *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*, op. cit. p. 115-116.

origen y que imposibilitaron que se ocupen de su cuidado; y yendo más allá, la posibilidad de conocer a sus progenitores.

Es preciso señalar que respecto al reconocimiento del derecho a la identidad habría unanimidad en la doctrina y jurisprudencia. Esto evidencia la necesidad de garantizar su efectivización tanto en las instancias administrativas como en las judiciales.

En nuestro país, la ley 24779 en su momento incorporó en su art. 328 el derecho a conocer su realidad biológica a los niños que han sido adoptados. Esta norma trajo aparejadas distintas críticas y señalamientos que se tuvieron en cuenta al regular el CCyC.

Nuestra Constitución Nacional no regula expresamente el "derecho a conocer los orígenes", situación que observamos en las Constituciones a nivel mundial que lo prevén. Sin embargo, en el art. 75 inc. 22 observamos que en algunos instrumentos de derechos humanos se hace referencia a este derecho.

El art. 7 inc. 1 de la Convención sobre los derechos del niño establece: "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". Si bien dice "en la medida de lo posible" reconoce de algún modo el derecho a conocer los orígenes.

Destaca la Dra. Marisa Herrera que "...conocer los orígenes constituye un derecho de raigambre constitucional, lo cual encontraría simplificada su exigibilidad si las distintas instituciones jurídica que se vinculan de manera directa con él, entre ellas la adopción, lo observaran y respetaran. Sin embargo ello no parecería ser tan sencillo de conformidad con la limitación receptada, al señalarse que el reconocimiento de este derecho se realiza en la "medida de lo posible"⁶.

Ahora bien, la medida de lo posible no debe entenderse a los fines de la efectivización del derecho sino con la posibilidad de obtención de dicha información. En relación a esto cobra vital importancia el aseguramiento de los datos de origen en el expediente administrativo.

3. La regulación en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial recoge en su artículo 596 el derecho a conocer sus orígenes y dice: *"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 el que se 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. Además del derecho a acceder a los expedientes, el*

⁶ Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Tomo II, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 129.

adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”.

Conforme lo expresa el artículo, debemos analizar de qué modo se garantizará el efectivo acceso del niño, niña o adolescente que lo solicita a la información de origen.

Para ello, y para facilitar su comprensión, nos detendremos en cada párrafo de la norma en cuestión.

En primer lugar, señala el artículo que: “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer...”.

En este sentido, es destacable la recepción que el CCyC hace del principio de capacidad progresiva del que ampliamente se ha escrito y en honor a la brevedad solo mencionamos.

En segundo lugar, la norma establece que “...tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos...”

Como puede advertirse, el CCyC no solo regula de manera más amplia el derecho a conocer los orígenes en cuanto al contenido (acceso al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos que deben contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles) sino también en cuanto al momento en que se posibilita su ejercicio (cuando lo requiera la niña, niño o adolescente). Esta última disposición resulta conteste con el principio de autonomía progresiva consagrado en la Convención sobre derechos del niño, la ley 26.061, la Opinión Consultiva 17 sobre la Condición Jurídica del Niño de la Corte IDH y la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, en el entendimiento de que si la niña, niño o adolescente solicita acceder al expediente administrativo y judicial para conocer sus orígenes significa que esa niña, niño o adolescente cuenta con el grado de evolución y madurez suficiente para ejercer dicho derecho.

El acceso se faculta no solo respecto del expediente judicial sino también en relación con el expediente administrativo que en la Ciudad de Buenos Aires tramita ante las Defensorías Zonales dependientes del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El acceso al expediente administrativo resulta clave puesto que “...buena parte de la historia de una persona adoptada puede encontrarse en el expediente administrativo en el que se haya dictado, por ejemplo, una medida excepcional y previa a ella, medidas de protección de derechos (conf. arts. 33, 37, 39 y 41, ley 26061), así como también, en el proceso judicial que culmina con la declaración en situación de adoptabilidad que recepta el [nuevo Código Civil]...”⁷.

Deseamos subrayar que tanto el expediente judicial como el administrativo - principalmente este último, toda vez que es allí donde se encuentra la mayoría de la información de la familia de origen y la historia previa a la adopción del niño o

⁷ HERRERA, Marisa, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc”, en Suplemento Especial sobre *El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil*, Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coordinación), Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 87.

adolescente-, deben ser conservados y resguardados por el Órgano de Administración local de Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes.

A tal fin entendemos que debe dictarse un protocolo de actuación que establezca los mecanismos para salvaguardar la información de origen recabada. Consideramos que el protocolo deberá tener en cuenta –más allá de los requisitos propios del derecho administrativo en cuanto a los expedientes administrativos- los siguientes:

- La conservación de manera clara y más completa posible de todos los datos referidos a la historia del niño, niña y adolescente.
- La utilización de un lenguaje claro, sencillo, comprensible y con terminología acorde a los derechos humanos, es decir, libre de términos estigmatizantes y discriminatorios.
- La información debe conservarse en soporte magnético, además de soporte papel.

Además, creemos que debe capacitarse a los profesionales que trabajan con estas cuestiones para que tomen conciencia de la importancia de resguardar la información de los orígenes del niño, niña o adolescente para que puedan ejercer este derecho. Como contrapartida, será necesario que cada organismo controle el cumplimiento de esta obligación.

Por otra parte, el artículo sigue diciendo: “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”.

Con la intención de facilitar, tanto a los padres adoptivos como a los niños, niñas o adolescentes, el acceso a la información –entendida en su concepción amplia- contenida en los expedientes tanto judiciales como administrativos, el artículo en análisis, dispone la intervención de un equipo, que estimamos debe estar compuesto interdisciplinariamente. Cabe destacar que, en general, los informes producidos en los expedientes no solo son producidos por abogados/as, sino también por psicólogos/as y trabajadores/as sociales, con las implicancias que de ello se derivan.

Continúa diciendo la norma: “Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.”

Señala el artículo que los padres se “comprometen” a hacer conocer al adoptado sus orígenes; pero es preciso examinar que entendemos por “compromiso”: si es un compromiso de índole moral o si estamos hablando de un compromiso jurídico.

Desde la doctrina se ha debatido el tema, entendiéndose que al no estar prevista una sanción para el incumplimiento de hacer conocer los orígenes al niño, niña o adolescente no estaríamos ante un compromiso jurídico.

Es decir, si bien consta en la sentencia de adopción el compromiso asumido por los padres no existe una forma coercitiva de dar cumplimiento a dicha situación, entendemos entonces que es un “compromiso“, pero no una obligación jurídica.

Por otra parte, “...la ley no provee de ningún dispositivo que garantice que los adoptantes revelen el origen biológico del hijo/a adoptivo y no contempla sanciones, dado que lo entiende como un compromiso ético. Lejos está de proponer instancias o

procedimientos para que los niños adoptivos, con familia biológica, conozcan y crezcan en relación con aquellos que han sido y son portadores y constructores de su identidad⁸.

Finalmente, el último párrafo instituye la acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes y establece la necesidad de contar con asistencia letrada para dicho fin.

4. Acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes

El CCyC incorpora en su texto una acción en cabeza del adoptado adolescente. En este sentido, cabe aclarar que el CCyC distingue niño (persona menor a los trece años) de adolescentes, franja etaria entre los 13 y los 18 años (art. 25).

El artículo establece que el adolescente podrá no solo acceder al expediente sino iniciar un proceso judicial a fin de conocer sus orígenes. Para ello deberá contar con asistencia letrada. La asistencia letrada que se impone tiene, desde nuestro punto de vista, un doble sentido: por un lado, garantizar el derecho de defensa, derecho de raigambre constitucional del adoptado y, por el otro, el reconocimiento a su capacidad progresiva, brindando un parámetro que no establecía el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 para contar con abogado del niño (los 13 años). Asimismo, la ley citada plantea la posibilidad de tener patrocinio como un derecho y no del modo en el que se encuentra dispuesto en el artículo del CCyC en el que se convierte en un requisito de índole procesal.

Como puede observarse, "...la acción en estudio está al alcance del adoptado antes de que llegue a la mayoría de edad, peor por las implicancias que tiene el indagar quién es el progenitor biológico, el Código exige que se tenga edad y grado de madurez que, a fin de evitar decisiones discrecionales como acontece cuando no se fija edad alguna para un acto complejo o de envergadura como lo es iniciar una acción judicial autónoma para conocer los orígenes, se establece la edad de 13 años en la cual la legislación civil entiende que se está ante una persona adolescente, lo cual implica un determinado desarrollo madurativo"⁹.

Cobra gran relevancia esta posibilidad de los adolescentes de iniciar la acción por sí mismos, independientemente de lo que sus padres adoptivos consideren mejor para él. Es claramente brindarle un protagonismo del que carecían en la legislación superada, ya que si bien el CCyC deja expresamente expuesto que los adoptantes deben informar al niño, niña o adolescente de su origen esto no ocurre en todos los casos.

Los fundamentos¹⁰ del anteproyecto establecen que esta acción autónoma 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.

Este mismo protagonismo se observa en el art. 617 d) donde prevé el consentimiento del niño (desde los diez años, teniendo en cuenta que puede con anterioridad a ello también

⁸ Altamirano, Florencia; Armanini Adriana y González Marcelo. La adopción una mirada no hegemónica en Summa de Familia, Grosman, Cecilia P.; Lloverás, Nora y Herrera Marisa (directoras), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, capítulo IX, p. 2022.

⁹ HERRERA, Marisa, *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*, op. cit. p. 133-134.

¹⁰ Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En:

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

Consultado: 23 de julio de 2015.

prestarla si se advierte un grado de madurez que lo permita) o adolescente. Este consentimiento se torna necesario dado su carácter obligatorio para efectivizar la adopción. La falta de este lo habilita para pedir la nulidad absoluta del acto adoptivo. Cabe destacar que la solicitud de nulidad es a pedido del adoptado que deberá contar oportunamente con patrocinio letrado.

En razón de lo expuesto, podemos realizarnos algunas preguntas: ¿quién asumirá el patrocinio letrado de los adolescentes que pretendan iniciar la acción autónoma para conocer sus orígenes? ¿será un defensor público o privado? Y, en este último caso, ¿quién abonará el costo?

Desde el punto de vista procesal, ¿qué tipo de acción se planteará? Podemos suponer que la más breve posible, pero ¿será simplemente una acción declarativa o durante el proceso se deberá probar algún extremo?

5. Nuestra propuesta

Como hemos visto, el art. 596 establece dos vías mediante las cuales el/la adoptado/a puede efectivizar su derecho a conocer los orígenes.

La primera de ellas es mediante el acceso a los expedientes judiciales y administrativos y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos, cuando así lo requiera el niño, niña o adolescente. En este sentido, como lo establece la norma, el acceso a dichos expedientes y registros es amplio, es decir, no solo implica el acceso a los expedientes administrativos y judiciales sino también el acceso a toda la información sobre la historia del niño o niña que se halle en cualquier organismo público que haya intervenido ya sea el hogar de niños si estuvo institucionalizado, el registro de aspirantes a adopción, etc.

En este punto, a fin de garantizar este derecho, consideramos que deben establecerse protocolos de actuación tanto para los organismos públicos como los judiciales con miras a conservar y resguardar la información del adoptado de manera adecuada y completa. Deberán respetarse los requisitos propios del derecho administrativo, en cuanto a los expedientes administrativos. Además de ser imprescindible las siguientes pautas:

- La conservación, de manera clara y más completa posible, de todos los datos referidos a la historia del niño, niña y adolescente.
- La utilización de un lenguaje claro, sencillo, comprensible y con terminología acorde a los derechos humanos, es decir, libre de términos estigmatizantes y discriminatorios.
- La información debe conservarse en soporte magnético, además de soporte papel.

A su vez, creemos que debe capacitarse a los profesionales que trabajan con estas cuestiones para que tomen conciencia, desde el inicio de la intervención, de la importancia no solo de resguardar la información de los orígenes del niño, niña o adolescente para que puedan ejercer este derecho sino también de la manera en que se indaga y se registra dicha información. Asimismo, será necesario que cada organismo estandarice el registro de la información y controle su cumplimiento.

En cuanto a la segunda vía, entendemos que la acción autónoma que puede iniciar el/la adolescente tiene como finalidad que se declare cuales son sus orígenes, es decir, que la sentencia tendrá efectos declarativos. Sin lugar a dudas, esta acción no genera vinculo de emplazamiento, solo tiende a conocer.

Creemos que la utilidad de esta acción se verá plasmada en los casos en que los padres adoptivos no brinden información al adoptado/o también cuando el adolescente haya concurrido a los organismos públicos correspondientes en búsqueda de información y esta fuese negada o insuficiente.

Por ello, el proceso debe permitir la producción de prueba para lograr su cometido que es que el adoptado/a pueda conocer sus orígenes. En este sentido, deberá permitirse la amplitud probatoria reconocida en el 710, CCyC y el principio de oficiosidad establecido en el art. 709, CCyC.

Además, consideramos que debería garantizarse a todo/a adolescente el derecho a contar con un patrocinio gratuito, a cargo del Estado.

En cuanto al patrocinio privado, entendemos que no puede ponerse en cabeza de los adoptantes ni de los progenitores de origen ni del niño, niña o adolescente el pago de los honorarios del abogado particular. En virtud de ello, consideramos que la mejor solución sería establecer que los defensores públicos sean los que se encarguen de dicha tarea, en atención a que la acción tiende a garantizar un derecho humano del adoptado/a y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de arbitrar los medios para posibilitar su acceso.