



# ***La adopción y el acceso a los orígenes***

myf

214

**Dra. María Verónica Ballari**

Secretaria del Juzgado en lo Penal de Instrucción N° 15 de Rosario

*Se aborda en este trabajo el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes adoptados a conocer sus orígenes, teniendo rango de derecho humano, que se desprende del derecho a la identidad, no sólo desde el punto de vista legal sino también desde un punto de vista más humano, menos frío, que trae aparejada la normativa plasmada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Si bien el derecho protege al más débil, es en esta materia que debe enfocarse la mirada como si fuese en un espejo, como un derecho del niño/a primero y como un derecho del adoptante a ser acompañado y guiado en el mismo camino que transitará junto a su hijo adoptivo, para caminar hacia esa búsqueda «juntos a la par».*

Comenzaremos a analizar este estudio conforme el artículo 594 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que reza: «La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus nece-

sidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones del Código».

En doctrina se han dado varias definiciones sobre adopción pero todas confluyen en definirla como la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Su finalidad estaba dada por dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere.<sup>1</sup>

La concepción de la adopción ha ido variando con el tiempo y ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre éstos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural.

El nuevo código consideró necesario definir a la adopción, este instituto tiene en miras el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos.

De esta forma, tomó relevancia el derecho del niño/a de vivir y desarrollarse en una familia cuando éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen.

En la definición se pueden observar los principales elementos y razón de ser de la adopción al exponerse que: 1) se trata de una institución jurídica, es decir, que es una ficción estrictamente legal por la cual a través de ella se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento de conformidad con otro principio general en materia filial como lo es que la persona puede tener como máximo hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas (madre/padre, madre/comadre, padre/comadre); 2) el objetivo principal de la adopción reside en el derecho

del niño a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales, mencionándose en primer lugar las afectivas y seguida de ellas las materiales; 3) sólo cuando tales necesidades no le pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario (padres) como el extenso; 4) la adopción es una institución cuyo acto constitutivo se deriva de la sentencia judicial, siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento la que hace generar el estado de hijo.

Si bien se menciona el estado de hijo, de conformidad con el objetivo prioritario de ser una institución destinada a las personas menores de edad, lo cierto es que ese estado es de tipo «reflejo», por lo tanto, la sentencia de emplazamiento no sólo implica reconocer el estado de hijo sino también el estado de padres.<sup>2</sup>

Basset señala que, «no es propiamente una norma que debiera integrar el Có-

digo Civil, pues su naturaleza es programática. Es improbable que la norma signifique que un niño puede demandar al Estado porque no pudo ser criado por una familia alternativa. La norma expresa una obligación de medios del Estado. En tanto que norma programática, sería preferible dejar el marco enunciado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que es bastante».

Por otra parte, el artículo de mención da una definición incompleta del instituto de adopción porque sólo se refiere a la adopción de menores, siendo que el Código regula cuatro tipos de adopción: la de niños, la de integración, la de mayores y la adopción en el extranjero.

No incluye entonces a la adopción de integración, ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo.

No incluye la adopción de mayores de

edad porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores.

Tampoco incluye a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

En síntesis, la definición del artículo 594 se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.<sup>3</sup>

Por otra parte, el artículo 595 nos habla de los principios generales que rigen la adopción, siendo estos: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el otorgamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho

del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Ahora bien, estos principios generales cumplen dos funciones:

1) Como fuente: se recurren a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o en las costumbres. Además garantizan que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico, pero por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez cuando exista una laguna del derecho positivo.

2) Como elemento de interpretación de la ley: sirven para solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, y dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.

En esta inteligencia, uno de los principios que establece la nueva normativa es el respeto por el derecho a la identi-

dad. Este derecho requiere la posibilidad de búsqueda de los orígenes y vinculación con la familia biológica, a fin de preservar las relaciones familiares, según lo establece el art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En materia de adopción se observa que la identidad involucra dos vertientes: a) una estática, inmodificable o con tendencia a no variar, y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). La identidad dinámica, por 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 profesionales.

De esta manera, en el tema que nos ocupa, la adopción, todo lo que se refiere a la familia de origen se encontraría comprendido en la faz estática y lo relativo a la familia adoptiva, a la iden-

tividad en su faz dinámica o cultural.<sup>4</sup>

Dicho esto, no se puede soslayar que, si bien es sabido que el derecho filial a través de sus tres fuentes -biológica, adoptiva y mediante el uso de las técnicas de procreación asistida- involucra claramente el derecho a la identidad de las personas, la ley 26.061 puso especial énfasis en la filiación adoptiva. La última parte del artículo 11 se refiere a ella de manera especial, mencionándose en particular los artículos 327 y 328 ya derogados.

Estrecha relación tiene este principio, el derecho a la identidad de las personas, con el que sigue en su articulado, el artículo 595. Así, la permanencia del niño en su núcleo familiar es un principio que está contemplado en el art. 9° de la Convención de Derechos del Niño. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17 ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Pero el Máximo Tribu-

nal Americano de Derechos Humanos ha señalado que el derecho de permanencia con la familia no es un principio absoluto, por ende, si existen motivos fundados el niño debe ser separado de su familia ya que el Estado debe preservar su interés superior.

Por otra parte, el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño reafirma la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica.

Si bien toda persona, en cuanto hijo, es titular del derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos, ello es sólo una parte de su «identidad» y que también sería legítima la posibilidad de que el titular de esta prerrogativa carezca de interés en conocer sus orígenes, o se prioricen otros aspectos de la circunstancia que integran su personalidad.

Nuestro nuevo código mejora, amplía y fortalece la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes,

noción más amplia que la de «realidad biológica» a la que alude el Código sustituido.

Ahora, no sólo el adoptado mayor de edad podrá acceder a su expediente de adopción, sino que también podría hacerlo en la menor edad, pero no se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal ese derecho, sino que se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho ese derecho. En definitiva, dependerá de una valoración que el juez haga en concreto sobre el niño que aspira a acceder a su expediente.

Seguidamente el artículo 596 regula una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes. Es un derecho humano que se ha desprendido del derecho a la identidad. De las tres causas fuente de la filiación, en la que más importancia y atención acaparó el derecho a conocer los orígenes es en la filiación adoptiva y, más tarde, en la filiación derivada de las TRHA (técnicas

de reproducción asistida) cuando se utiliza material genético de un tercero.

El derecho a conocer los orígenes es un derecho humano que se ha independizado del derecho a la identidad del cual deriva.

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe sentó un precedente el 30 de noviembre de 2004 cuando advirtió que el pedido de búsqueda de paradero de una hermana con relación a sus dos hermanos dados en adopción plena no era una solicitud que implicara extinguir o repercutir en el vínculo jurídico adoptivo, sino que comprometía el derecho a conocer los orígenes de este grupo de hermanos que fue separado cuando eran pequeños.

Así esta acción puede ser ejercida por el adoptado adolescente, quien deberá contar con asistencia letrada. Se logra entonces un equilibrio entre el derecho a la identidad y la irrevocabilidad de la adopción plena, siendo posible que el adoptado conozca sobre sus orígenes.

nes, sin que ello altere el vínculo jurídico adoptivo.<sup>5</sup>

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. Es que en la actualidad, no se duda sobre la imposibilidad de construir la propia identidad ante la falta o falsa sapiencia relativa a los orígenes. Han quedado atrás, entonces, esos tiempos donde se creía que era más beneficioso para los «menores» (coherente con la idea del niño como «objeto de protección», es decir como «objeto de los adoptantes») impedirles el acceso al conocimiento de su orígenes.

Este derecho no sólo alude a la idea de saber que se es adoptado y/o quienes son sus padres biológicos –o sea el aspecto genético– sino también 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, estos son algunos elementos relevantes de lo que se entiende hoy bajo el concepto de orígenes. Esto deviene de elevar los orígenes al rango de derecho humano y haber tomado conciencia de las implicancias de conocer los orígenes en la construcción de la identidad del adoptado.

En relación a la oportunidad de cuando se está habilitado para el ejercicio de este derecho por parte del interesado, en la normativa derogada según la ley 24.779, el acceso a los orígenes, mal llamada realidad biológica, se permitía a los 18 años de edad, siendo que la mayoría de edad –al tiempo de sancionarse esa ley– se alcanzaba a los 21 años, por lo cual permitir el ejercicio de este derecho es un supuesto de mayoría anticipada en beneficio del adoptado, el que culminó con la ley 26.579 que disminuyó la edad legal para adquirir plena capacidad civil a los 18 años.

El nuevo texto civil optó por no esta-

blecer edad etaria alguna y habilitar el ejercicio de este derecho de tanta envergadura según el desarrollo madurativo y la historia personal de cada adoptado.

En relación a esto, a nuestro criterio asiste razón a Basset cuando expresa que «Cabe preguntarse si la Argentina está preparada para dar respuesta idónea a esta posibilidad ofrecida. Ya ha sucedido con empresas como la ley de salud mental y la ley de la niñez, que resultaron en una sobre exigencia para las provincias que no estaban en condiciones o no tenían recursos para implementarlas. Leyes muy modernas, no siempre se condicen con lo que de hecho puede hacerse. El problema es que cuando se le abre la puerta a un niño a que conozca sus orígenes sin límite de edad, sin ofrecer un marco de contención adecuada para los adoptantes y para el niño, se corre riesgo de provocar heridas irreparables».<sup>6</sup> Pero este debate debe darse en otro plano que no es el legal.

Sucede que son tan disimiles las histo-

rias de adopción, como así las personas adoptadas y las condiciones en las cuales se ha otorgado la adopción, que fijar o establecer una edad de manera rígida no hubiera sido la postura legislativa correcta en atención a los derechos involucrados, máxime en el marco de una legislación civil que recepta y profundiza el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes.

Es por ello, que la postura más beneficiosa en el interés superior del adoptado es permitirle a cada uno de ellos, cuando quieran, acceder a su historia de adopción, es decir, cuando el adoptado cuente con «edad y grado de madurez suficiente». De esta manera, cualquier manifestación de voluntad que se exteriorice pretendiendo conocer o saber sobre los orígenes constituye una presunción de que el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez para ello.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, es decir, «que conocer», el nuevo Código Civil y Comercial no sólo se refiere al expediente judicial y admi-

nistrativo, (este último se lleva a cabo cuando se trata de una situación de vulneración de derechos que comenzó con la intervención del organismo de protección integral de derechos y mediante el cual se habría formado un expediente administrativo en el que consten todas las medidas llevadas adelante con el objetivo de que un niño regrese a vivir con su familia de origen o ampliada), sino que es más amplio y alude también a cualquier otra información que conste en registros judiciales o administrativos, así por ejemplo la información que conste en los registros de pretensos adoptantes, como también incluiría los legajos que elaboran los hogares o instituciones de cuidado a cargo de los niños mientras se decide la situación familiar definitiva en la que consta información de diferente tipo sobre la vida del adoptado durante esa etapa de su vida y que forma parte de su biografía. Es así que tanto fotos de los niños, boletines, carné de salud, historia clínica, etc. deben ser preservados ya que ésta es la única manera de ver satisfecho al máximo posible su dere-

cho a conocer los orígenes.

En relación a los organismos intervinientes para la satisfacción de este derecho, el código entiende que la justicia no es el único organismo capacitado para llevar adelante tan importante rol de esclarecimiento identitario. Es más, podría no ser el mejor preparado ya que los registros de pretensos adoptantes locales se están reservando funciones mucho más amplias que la mera registración de los pretensos adoptantes.

En nuestra provincia, la ley que crea el registro único de aspirantes a guarda para adopción, ley 13.093 del año 2010 establece entre sus funciones: «Efectuar, a través del Equipo Interdisciplinario correspondiente, la evaluación y asistencia profesional a los pretensos adoptantes a lo largo de todo el proceso de adopción y la evaluación de las situaciones de hecho sobre niños, niñas y adolescentes del que fuere informado» (art. 5° inc. c).

Por otra parte, el nuevo Código pro-

fundiza sobre el rol de los adoptantes, ya que no sólo debe hacerle saber al hijo que es adoptado, sino que se regula un involucramiento mayor en el verdadero proceso que significa el acceso a los orígenes. Así, el cuarto párrafo del artículo 596 afirma que debe quedar constancia de tal compromiso, no señalándose que deba serlo de manera obligada en la sentencia sino que lo cierto es que el compromiso puede ser asumido de manera expresa por parte de los pretendientes en cualquier momento del trámite del juicio de adopción.

Cabe al respecto preguntarse por qué el Código Civil y Comercial no alude a que se trata de una verdadera obligación. Lo cierto es que el problema radica en cómo verificar el efectivo cumplimiento.

Es que las historias de adopción son sumamente variadas, además de la personalidad y psiquis de cada niño adoptado. ¿Acaso revelar información sobre los orígenes en diferentes etapas implica un incumplimiento parcial del compromiso? Resulta enton-

ces muy dificultoso saber cuándo los pretendientes adoptantes han incurrido en el incumplimiento de su compromiso-obligación. Así, en el derecho comparado, por ejemplo en el Código Civil Catalán en el artículo 235-50 regula la obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción, y establece que «Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como éste tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor».

Por eso, el hablar de la adopción con el adoptado dejó de estar teñido por un manto de silencio, se ha ahondado —en especial desde la psicología— en las virtudes de tal revelación para lograr un vínculo adoptivo satisfactorio o beneficioso para todo el grupo familiar adoptivo; lo que implicó, a la vez, derribar esos miedos acerca de que conocer podría traer como «riesgo» el que el niño quisiera regresar con su familia de origen.

De esta forma, y en miras a la pre-

paración y acompañamiento externo que deben tener los adoptantes y no sólo los adoptados, el código incorpora expresamente el asesoramiento que pueden recibir los adoptantes en todo lo que hace al conocimiento de los orígenes por parte de los mismos organismos que brindan contención y acompañamiento al adoptado, así: juzgados a través de su equipo técnico, registros de pretendientes adoptantes, y los organismos administrativos de protección de derechos. De esta manera, dándole apoyo a la familia adoptiva se beneficia en definitiva el adoptado.<sup>7</sup>

Además, y en miras a alcanzar una regulación equilibrada en la tensión entre identidad versus seguridad jurídica que presenta la adopción plena, la reforma mantiene la irrevocabilidad de dicho tipo adoptivo, pero como contrapartida y en respeto por el derecho a conocer los orígenes, recepta una acción autónoma a tales fines, sin que ello comprometa el vínculo filial que crea la adopción plena. El legitimado activo de esta acción es el propio adop-



tado, quien a partir de los 13 años puede iniciarlo por su propio derecho con la debida asistencia letrada.<sup>8</sup>

Desde el punto de vista psicológico, el sujeto es un activo constructor de su realidad, y un aspecto central de esta construcción es la identidad, en tanto conjunto de factores que organizan la existencia de ese sujeto como un ser singular. Podría decirse que esta actividad se da como una serie de intentos de historización, en los que a lo largo de la vida se van actualizando y resignificando las sucesivas etapas con el fin de ir dando sentido e inclusión a las nuevas experiencias. De modo que, más tarde o más temprano, aparece la necesidad lógica de dar cuenta del momento «fundacional» de esa historia.<sup>9</sup>

Nos enseña Fernández Sessarego, doctrinario peruano, que entiende por derecho a la identidad personal como «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y no «otro». Es-

te plexo de características de personalidad de «cada cual» se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su «mismidad», en lo que ella es en cuanto específico ser humano.»<sup>10</sup>

Como corolario de lo que venimos hablando, citamos a Eva Giberti: «Quienes durante décadas psicoanalizamos o atendimos psicoterapéuticamente a niños y niñas adoptivos/as agradecidos hacia sus padres adoptivos o enojados con ellos; los escuchamos repitiendo, sobre todos los más grandes: «Yo soy Fulano de Tal porque me adoptó esta familia. Pero si me adoptaba otra familia, yo sería otro». Es en esa intersección del origen, para ellos perdido aunque lo conozcan, y su ingreso en la cultura que los socializa como adoptivos, en ese punto en donde todos los imaginarios de los otros (padres, jueces, público, profesionales) fracasan, porque el adoptivo instala, mediante una afirmación mayor su propio imaginario, creación absoluta de él. Ése es su interés superior como niño, darse

cuenta que es quien es porque lo adoptó Rodríguez y no Fernández. De no haber sido así, él ¿quién sería?»<sup>11</sup>. ■

CITAS

<sup>1</sup>ROVEDA, EDUARDO G. Y ALONSO REINA, CARLA F., «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado», Tomo II, de Julio César Rivera y Graciela Medina, Ed. La Ley, 2015, p.419.

<sup>2</sup>HERREA, MARISA, «Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014» Tomo III, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 14.

<sup>3</sup>ROVEDA, EDUARDO G. Y ALONSO REINA, CARLA F., «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado» op cit, p. 420.

<sup>4</sup>HERREA, MARISA, «Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014», óp. citado, p. 50.

<sup>5</sup>ROVEDA, EDUARDO G. Y ALONSO REINA, CARLA F., «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado» óp. cit, p. 427.

<sup>6</sup>BASSET, URSULA, Análisis del Título VI de «Adopción», en el Código Civil proyectado, p. 149.

<sup>7</sup>HERRERA, MARISA, «Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014», óp. cit, p. 129.

<sup>8</sup>HERRERA, MARISA «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado» Tomo IV, Ricardo Luis Lorenzetti, de Rubinzal Culzoni, 2015, p. 41.

<sup>9</sup>MUÑOZ GENESTOUX, ROSALÍA, «El derecho a conocer los orígenes en la adopción» en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia, Grosman, Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, de. Abeledo Perrot, Marzo 2013, p. 187.

<sup>10</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, «Derecho a la identidad personal», Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

<sup>11</sup>GIBERTI, Eva, en «Análisis de las prácticas actuales en la adopción», Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012, p. 12.