



REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN Y LA PROCREACIÓN ASISTIDA

GUILLERMINA ZABALZA¹

MARÍA VÍCTORIA SCHIRO²

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia actual vislumbra los nuevos despliegues que enfrenta el hombre de la posmodernidad, inmerso en una multiplicidad de modalidades familiares, acorde con una jerarquización de cada uno de los miembros de la familia en vistas a su desarrollo existencial. Esta realidad es conteste con la concepción del hombre como sujeto de derecho³, contemplándose como un ser autónomo, constituyendo un fin en sí mismo⁴.

Tanto la familia como el Derecho de Familia, se enfrentan hoy ante nuevos

¹ Magister en Derecho Privado, Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, Introducción al Derecho y Bioderecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

² Magister en Derecho Privado, Becaria de Posgrado tipo II CONICET, Docente de Derecho de Familia y Sucesiones, Derecho Internacional Privado y Bioderecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

³ “La Edad Moderna culminó con la jerarquización de la persona como tal, no sólo como súbdito del Estado o fiel de la Iglesia, y esto se expresa por ejemplo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producida por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789. Referirse al hombre es, en ese caso, una manera de referirse a la persona. Los derechos de las personas se han ido ampliando de manera muy destacable. Hoy la consideración de los “derechos del hombre” tiende a orientarse más hacia los “derechos humanos” CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Convertirse en persona”, Revista de Familia y de las Personas N° 1, 2010, Buenos Aires, La Ley, pág.203.

⁴ Asegurándose así el Principio Supremo de Justicia.

desafíos. Por un lado, la denominación de familia se aplica a realidades muy diversas, sobre todo teniendo en cuenta la cultura de que se trate; y si bien, dentro del marco occidental se ha podido caracterizar según los lazos de parentesco, filiación, matrimonio y convivencia⁵, hoy, tanto el parentesco como la filiación, han sido fuertemente conmovidos por las nuevas maneras de nacer que ha dado la ciencia⁶. Se vislumbra así el proceso de desbiologización de la paternidad y /o maternidad, ya que “*el arte de fabricar un niño ya no se limita al encuentro sexual entre un hombre y una mujer. Las nuevas técnicas de procreación influyen sobre los modos de determinación del parentesco*”⁷, compartiendo el escenario tanto el dato biológico como el elemento volitivo en aras de la determinación de la paternidad/maternidad⁸. Estamos inmersos en una profunda “revolución reproductiva”, que separa radicalmente la reproducción humana de la sexualidad, de modo que hoy en día es posible la reproducción sin sexo (y el sexo sin reproducción), y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes⁹.

Una perspectiva tridimensional del fenómeno jurídico, nos conduce a observar “...que las relaciones entre familia y Derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay sólo una zona común. Habría de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el Derecho (Derecho de Familia) y otro campo de la vida familiar extraño o ajeno al Derecho, que formaría parte de lo que Car-

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El derecho Universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, pág. 15.

⁶ DURAN de KAPLAN, Valeria, “Fertilización asistida: una perspectiva psicológica. Las modificaciones de la sexualidad como producto de la ciencia”, RDF, 50, pág. 154.

⁷ CADORET, Anne, “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”, *Revista de Antropología Social*, N°18, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pág. 67.

⁸ Este nuevo influjo, nos plantea un abanico de cuestionamientos en relación a ¿quién es padre y quién es madre?, ¿puede o debe estar fundado en el dato biogenético o sobre la intencionalidad de convertirse en padre o madre?, y si el status de padres se apoyara sobre la intención de parentesco, ¿qué lugares en una construcción de parentesco pueden ocupar todas las personas, varones o mujeres, que han participado de forma directa en la fabricación del niño?, Véase CADORET, Anne, “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”, op., cit., pág. 68.

⁹ LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, RDF, N° 50, pág. 107.

bonnier ha llamado el no-Derecho. Por supuesto, la tercera zona la constituye el Derecho no - familiar¹⁰. De lo expuesto, se desprende que como operadores del mundo jurídico debemos tener una mirada atenta que profundice la relación entre realidad y derecho, en aras de contribuir a la realización del valor humanidad “como deber ser de nuestro ser”, con lo cual la cuestión es aún más compleja, ya que no se trata sólo de leyes que se aggiornen a la realidad¹¹.

A la luz de una nueva concepción del Derecho de Familia, no podemos dejar de considerar que si bien existen autonomías históricamente consagradas^{12/13}, se percibe cada vez más la privatización/publicización del Derecho Privado y Público respectivamente. Por un lado, el orden público familiar ha sido fuertemente impactado por la autonomía de la voluntad, siendo infinitas sus proyecciones, por lo que es difícil pensar en algún área de esta rama que no haya sido conmovida por aquél¹⁴. Por el otro lado, ha sido impactado por una nueva axiología jurídica impuesta por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, con lo cual “*la evolución, el cambio, la reforma - y para algunos casos la revolución - tanto social, como biológica, científica, axiológica, sociológica y jurídica, y la incorporación y desarrollo de los dere-*

¹⁰ DIEZ – PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1984, p. 22

¹¹ Véase HERRERA, Marisa, ¿Una dupla compleja? Investigación y Derecho de Familia o qué significa investigar en Derecho de familia, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directora) y Herrera, Marisa (Coordinadora), *La Familia en el Nuevo Derecho*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 205.

¹² Como el Derecho Público y el Derecho Privado.

¹³ Destaca el Profesor Ciuro Caldani que “la corriente diferenciadora tiene su origen en la en el pensamiento romano, quizás cuando Ulpiano decía que es derecho público lo que contempla el estado de la cosa romana y es derecho privado lo que concierne a la utilidad de los particulares, entendiendo por “cosa romana” la “cosa pública” que es de todos y para todos. Tratando de superar la diferenciación romana – que a veces es formulada con referencia a los intereses – Savigny sostuvo que el derecho público tiene por objeto al Estado y el derecho privado contiene todas las relaciones de derecho existentes entre los particulares. Puchta diferenció los derecho según que el hombre los posea como individuo o como miembro de una sociedad organizada y por su parte Ahrens dijo que derecho público es el de la comunidad moral permanente para un fin capital humano y el derecho privado es la esfera de acción en que cada persona puede buscar su bien por sí y para sí. Otros autores han afirmado que la distinción surge del carácter extrapatrimonial o patrimonial de la respectivas áreas”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho Público y Derecho Privado”, LL 1979-D, 956 ss. <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/documenBody?num2re=15&coleccion>

¹⁴ FAMA, María Victoria, “Impacto de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia a la luz de la reciente Jurisprudencia Española”, RDF N° 50, pág. 239 y ss.

chos humanos al ordenamiento jurídico interno, provocan la necesidad de repensar, reformular, rehacer y modificar las regulaciones de las relaciones familiares, con la nueva mirada constitucional”¹⁵.

En suma, se reclama de una visión que sea conteste con los paradigmas que revolucionan el derecho de familia, acorde con las valoraciones sociales imperantes en cada contexto social, pretendiéndose una equilibrada armonía entre el hombre como ciudadano y gobernado y las exigencias sociales y estatales¹⁶.

El dato central de las relaciones familiares de la posmodernidad es la “*democratización*”¹⁷, prevaleciendo las relaciones de coordinación por sobre las de subordinación -mayor autonomía y menor autoridad-, la ejemplaridad por sobre el plan de gobierno en marcha¹⁸. En la concepción de familia tradicional se puede visualizar una mayor presencia de la *espontaneidad*, en tanto que hoy estamos frente a una mayor *conducción*. En tal sentido, las relaciones de pareja y la reproducción son penetradas por la conducción humana¹⁹, como se puede ver en la procreación asistida²⁰.

Estas nuevas tendencias, hacen que cobre visibilidad la posible tensión entre intervención y no intervención por parte del Estado en la vida familiar, desprendiéndose de ello la necesidad de efectivizar el respeto a la intimidad familiar y la responsabilidad del Estado de garantizar el goce efectivo de los

¹⁵ LLOVERAS, Nora, “Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”, en *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, dirigido por Nora Lloveras, Córdoba, Alveroni, 2010, pág. 35.

¹⁶ LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2009, Depalma, pág.41.

¹⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y divorcio*, primera reimpresión, Buenos Aires, 2001, Astrea, pág. 3.

¹⁸ “Dada la constitución de la familia tradicional mediante vínculos “yo-tú” en un “nosotros” organicista con denominadores comunes fuertes, había un carácter más aristocrático. En cambio, hoy con un “yo-tú” en un “nosotros” más débil y más pactista, con denominadores comunes menos fuertes, se advierte la importancia de la legitimación al menos en gran parte autónoma”, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los Pronombres Personales y el Derecho de Familia (Nuevos aportes a la Filosofía del Derecho de Familia)”, *La Familia en el Nuevo Derecho*, t.I., Op. cit., pág. 72.

¹⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía del Derecho de Familia”, *Investigación y Docencia*, N° 34, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, pág. 19.

²⁰ Véase ZABALZA, Guillermina “El crecimiento de la autonomía como materialización de los nuevos desafíos del Derecho de Familia”, capítulo de libro en *Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, en prensa.

derechos humanos fundamentales, pretendiéndose un equilibrio entre los proyectos existenciales de cada persona y el desarrollo de la vida familiar.

En suma, subyace la necesidad del respeto por la parte en comunión con el todo, ya que *“desde la perspectiva trialista, donde la Dikelogía encuentra los cauces de su desarrollo, el hombre tiene derecho a ser persona a través de la esfera de libertad necesaria para que se realicen sus caracteres de igualdad, unicidad y comunidad. No existe un derecho básico a la igualdad, aunque se agregue la enriquecedora referencia a la consideración y el respeto, sino derecho a la consideración y el respeto en la igualdad, la unicidad y la comunidad, como caracteres de la persona. No existe derecho básico a la libertad, sino derecho a ser persona en libertad: Goldschmidt se refiere a la libertad del desarrollo de la personalidad. El fundamento último no está en la igualdad ni en la libertad, sino en la persona”*^{21/22}.

1. LA IDENTIDAD Y LA FILIACIÓN

Los valores libertad e igualdad -como valores esenciales del ser humano- aparecen hoy vinculados a un valor central del Derecho como es la concepción de cada hombre como un fin en sí mismo, en constante respeto y revalorización de la dignidad humana, considerándose que toda persona tiene la necesidad de afirmar su propia individualidad, el ser uno mismo, distinto y diferente de los otros²³. En consecuencia, para que cada hombre pueda sostener y defender su unicidad, creemos de suma relevancia que se reconozca y proteja su propia identidad.

Cuando hablamos de identidad nos referimos al propio “ser” de una persona, es decir, aquello que constituye la propia personalidad, haciéndolo único e irrepetible. Cada hombre, en virtud de su identidad reclama el respeto por su unicidad, a fin de poder personalizarse en un régimen humanista y tolerante,

²¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Justicia y Persona”, Investigación y Docencia, N° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, pág. 69 y 70.

²² Véase ZABALZA, Guillermina “El crecimiento de la autonomía como materialización de los nuevos desafíos del Derecho de Familia”, capítulo de libro en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, en prensa.

²³ Véase SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana; “Derecho a la Identidad”, Actualidad Civil, 1999, Ref. LXXI, pág. 1469, T.4, Editorial La Ley. La Ley Digital, pág. 1.

concediéndose a cada individuo la esfera necesaria para desarrollar su personalidad en libertad²⁴.

Se ha definido la identidad como “*el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes*”²⁵. El jurista peruano Fernández Sessarego ha calificado la identidad desde un aspecto estático y dinámico considerando 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”. Este plexo de características de la 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*”^{26/27}. Para este autor, la identidad observa dos elementos: el estático, que es el que primero nos brinda una visión de la persona (la imagen, el nombre, su identificación), es inmutable o con tendencia a no variar o cambiar; y el aspecto dinámico, que está constituido por caracteres cambiantes, que constituye el patrimonio histórico y cultural de la personalidad, con lo cual su característica primordial es su carácter mutable. Son los atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, política, los rasgos psicológicos de cada sujeto²⁸. Entonces, la identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona; en tanto que la identidad dinámica estaría compuesta por el complejo temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los de carácter

²⁴ GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6 edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 417

²⁵ BERNAL, Martín; “*Identificación del nacido. Historia y estado actual*”, Colex, 1994, pág 40; Citado por Salvador Gutiérrez, Susana; “Derecho a la Identidad”, Op. cit., pág. 1.

²⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; “*Derecho a la identidad personal*”, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 113.

²⁷ Es importante destacar que Fernández Sessarego en su obra “*Derecho a la identidad*”, Op., cit., comenta la doctrina desarrollada en Italia considerando que toda persona tiene un derecho a la identidad personal, teniendo una protección amplia, comprendiendo en la misma tanto el aspecto estático como dinámico.

²⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “*Derecho a la identidad personal*”, Op. cit., pág. 114.

ético, religioso y cultural hasta los ideológicos, políticos y profesionales²⁹.

Creemos que la identidad personal posee su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, siendo un “*derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica*” y en tanto derecho personalísimo, “*es autónomo, distinguiéndose de los otros*”^{30/31}. El derecho a la identidad personal tiene raigambre constitucional, captándose dentro del ordenamiento normativo como un derecho humano y fundamental de la persona, ya que “*la identidad personal en su dimensión jurídica, como señala Zavala de González, es lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, interés merecedor de tutela y atribución de facultades de actuar para satisfacerlo... este poder implica la facultad del sujeto de exigir que se admita y se respete lo suyo...*”³².

Indican Lloveras y Salomón, que en el ámbito del derecho de la filiación, el derecho de identidad personal describe primordialmente la facultad de la persona de conocer el origen de su propia vida, además de la pertenencia a una familia individualizada, ya que el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre a saber lo que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué lo precedió generacionalmente –tanto en lo biológico como en lo social-, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible³³.

Realizando una mirada retrospectiva en materia filiatoria -tanto natural como adoptiva-, se puede observar que ha existido un trascendental avance que se extiende desde la más profunda oscuridad a la tendencia actual que reafirma la transparencia de los vínculos filiatorios, en razón de que el conocimiento de

²⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; “Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo”, Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII. N° 16. Julio – septiembre. 1998. Citado por GIL DOMINGUEZ, Andrés; “El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional”. LLBA 1999 – 1104, y por HERRERA, Marisa; “*El derecho a la identidad en la adopción*”, T. I., Buenos Aires, Editorial Universidad 2008, pág. 61.

³⁰ Despacho aprobado por unanimidad en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, septiembre de 1997, comisión n° 1, “Identidad Personal”.

³¹ LIOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Op., cit., pág.145.

³² LIOVERAS, Nora; “La identidad personal: Lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Revista de Derecho de Familia. N°13, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 65 y ss. Fuente: Lexis nexis online 0029/000297 ó 0029/000308.

³³ LIOVERAS, Nora – SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Op. cit., pág.146.

la verdad permita reconstruir el pasado, vivir el presente y proyectar el futuro^{34/35}.

El régimen filial argentino, cuya realidad ha sido la procreación natural, se ha fundamentado en los principios de igualdad, de verdad biológica; de protección de la familia o paz familiar; de no discriminación y en el interés superior del niño. Ahora bien, señala Famá que, a estos principios, cuando hablamos de procreación asistida, hay que sumar “*la voluntad procreacional*” que *modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido de derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico*³⁶.

Sostenemos que la filiación por naturaleza fundada en el dato biológico ha sido profundamente conmovida en el plano sociológico, a partir de la implementación de las técnicas de procreación humana asistida (aun no tratándose de supuestos de homoparentalidad)³⁷, poniéndose en crisis estructuras tradicionales de parentesco; admitiéndose el desfraccionamiento -más allá del nuevo fraccionamiento³⁸- de la maternidad y paternidad, generándose la posibilidad de coexistencia de dos “clases” de madres o padres³⁹.

En materia de filiación adoptiva el derecho a la identidad que ha sido reconocido por el ordenamiento constitucional, ha generado la obligación de reflexionar sobre la justicia de la adopción plena y de los efectos que la misma encarna, vislumbrándose nuevas soluciones que colaboran en la personalización

³⁴ Véase CHECHILE, Ana María, “El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin general vínculos filiatorios”, RDF III, 2006, pág. 162.

³⁵ LIOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo; El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, Op. cit., pág.155.

³⁶ FAMÁ, María Victoria; “Padres como los demás...Filiación y homoparentalidad en la Ley 26.618 de matrimonio igualitario”, RDF, 48, pág.55.

³⁷ FAMÁ, María Victoria; “Padres como los demás...Filiación y homoparentalidad ...”, Op. cit., pág. 55.

³⁸ Véase GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, Op. cit., pág. 401 y sigs.

³⁹ Clase de la Docente María Florencia Calá en el Curso de Profundización en Derecho de Familia, “Cuestiones actuales del derecho de familia”, dictado en el 2º Cuatrimestre, del año 2010, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

del niño/a sujeto a adopción, flexibilizándose los efectos de dicha modalidad.

2. FILIACIÓN ADOPTIVA Y DERECHO A LA IDENTIDAD

En cuanto al reconocimiento de la identidad personal y de su captación normativa, subraya Moreno de Ugarte que cualquiera sea el encuadre jurídico que se pretenda dar del derecho a la identidad, lo cierto es que nos encontramos frente a un interés existencial digno de tutela jurídica, que reclama el reconocimiento de poderes en el sujeto, tanto para que se respete su proyección social como para construirla y proceder conforme a ella⁴⁰. En este sentido, enfatiza la autora aludida, que la protección jurídica del derecho a la identidad esboza una doble faceta: la “identidad verdad” y la “identidad libertad”; la primera exige un comportamiento u obrar positivo, consistente en la fidelidad de la representación del sujeto en comunidad; y la segunda, reclama una actitud de abstención, es decir, no entorpecer el desarrollo de la personalidad del individuo⁴¹. En este sentido, es interesante advertir los dos roles que debe tener el Estado a través de su política legislativa en materia de identidad, ya que cuando hablamos de “identidad verdad”, el Estado debe intervenir a los efectos de tutelar y proteger el derecho de toda persona a conocer su verdad; y cuando hablamos de “identidad libertad” se advierte un régimen propiamente abstencionista, en el que cada cual escogerá su propio sendero de personalización, siendo imprescindible que cada individuo goce de una esfera amplia de libertad y que, en consecuencia, no se obstaculice la elección que cada cual realiza en relación de su propio ser. Esta noción, estimamos que es de fundamental trascendencia cuando se concibe el “derecho a saber” como el “derecho a no saber”, siendo el sujeto titular del mismo quién escogerá de acuerdo a su propia proyección existencial lo que considera más acorde a su propia identidad personal.

Consideramos que el derecho a la identidad personal está constituido tanto por el aspecto estático como dinámico, comprendiendo en el primero el dato

⁴⁰ MORENO DE UGARTE, Graciela; “Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena”, JA 1998 - III - 1009.

⁴¹ MORENO DE UGARTE, Graciela; “Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena”, Op. cit., pág. 1009, Citando a Zavala de Gonzáles, Matilde; “Resarcimiento de daños”, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, T.II - C., pág. 211 y ss.

biológico, la génesis del individuo, el nombre, la identificación física, la imagen; en tanto que en el aspecto dinámico o variable, comprendemos la proyección existencial del hombre, alcanzando la biografía e historia de cada persona, la impronta de cada ser en su faz individual y social, las concepciones culturales, religiosas e ideológicas, incluyendo también la “mirada de los otros”⁴². Destaca Pettigiani que la identidad se construye todos los días, se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia, en consecuencia, se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras^{43/44}.

Ahora bien, en virtud de esta dualidad que presenta el derecho a la identidad personal, que reclama un equilibrio constante entre la faz estática y dinámica, se advierte la importancia que ha tenido el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, ya que la identidad de una persona comienza desde el momento mismo de su concepción, “nace antes de su nacimiento” y se proyecta hacia el futuro⁴⁵, en relación al contexto social y familiar en que una persona crece. El análisis del derecho a la identidad en la adopción plena nos hace constatar que tanto el aspecto estático como el dinámico se encuentran comprometidos, observándose que la consagración y tutela de este derecho nos conduce a concebir la filiación adoptiva desde una profundi-

⁴² SARTRE, Jean - Paul; *“El ser y la nada (Ensayo de ontología y fenomenología)”*, Primera Edición, Segunda, Reimpresión, Traducción: Juan Valmar, Buenos Aires, Losada, 2006.

⁴³ PETTIGIANI, Eduardo J; “La identidad del niño ¿esta sólo referida a su origen? (Adopción vs. Realidad biológica)”, JA 1998 - III- 1006.

⁴⁴ Harry S Broudy - profesor de Illinois expresa “En cualquier momento yo, como individuo real y verdadero, soy el resultado de mi historia total. Todas las cosas que he hecho, pensado, sentido, recordado, creído e imaginado, quedan registradas en mí. No como ocurrieron originalmente, para ser exacto, sino como efectos de esas ocurrencias. Una respuesta a la pregunta ¿Que soy yo? Es “ Tu eres lo que has sido “. Pero en cada instante, a lo largo de esa historia, yo estaba en tensión hacia el siguiente momento, hacia el futuro y lo mismo estaba cada célula de mi cuerpo. El organismo entero y cada una de sus partes estaba tratando, conscientemente o no, de conservar su carácter, ejercer sus facultades y extender sus efectos de manera de asegurar su futuro. Sin esta tensión hacia el futuro, difícilmente podríamos distinguir los objetos animados de los inanimados, los vivos de los muertos”; *“Filosofía de la educación”*, Editorial Limusa; México, 1977, Primera reimpresión, pág. 68, con cita de Wild; *“Fenomenología y Metafísica”*, The Return to Reason, pág 64 – 65, citado por Pettigiani, Eduardo J; *op., cit.*, pág. 1006.

⁴⁵ Véase MORENO DE UGARTE, Graciela; “Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena”, *Op. cit.*, pág. 1010.

dad diferente tendiente a realizar fundamentalmente el valor amor y verdad.

La realidad biológica del adoptado está íntimamente ligada a su interés existencial, merecedor de tutela legal, ya que el derecho a la identidad personal supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y con sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada⁴⁶.

Dentro de la concepción del derecho a conocer el origen como parte integrante del derecho a la identidad, consideramos que cuando hablamos de origen no denotamos sólo la realidad biológica (como patrimonio genético, derivado de la procreación natural) sino fundamentalmente las raíces y la biografía de la familia biológica. En consecuencia, creemos que el derecho a conocer y saber el origen comprende estas dos connotaciones.

Al contemplar el sistema normativo imperante en la República Argentina, subyace la nueva axiología del bloque constitucional, penetrando éste en la estructura propia del derecho de familia, provocando un cambio de paradigma, observándose que *“hay un proceso de “constitucionalización” del derecho civil, que consiste en incluir algunos principios generales en los textos mag-nos que forman la arquitectura de un país y del orden internacional”*⁴⁷.

Dentro de los nuevos prototipos que trasluce el bloque de constitucionalidad, sobresale la Convención sobre los Derechos del Niño que consagra el derecho a la identidad personal del mismo. Observa D’Antonio que ya desde su Preámbulo se ocupa la Convención de este esencial presupuesto de la persona, al establecer que los Estados Partes han tenido *“debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”*⁴⁸. Encontramos que tanto el artículo 8 inciso 1 *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las*

⁴⁶ FERNADEZ SESSAREGO, Carlos; *“Derecho a la identidad personal”*, Op. cit., pág. 115; citado por BISCARO, Beatriz B; *“Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción”*, JA 1998 - III - 997.

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis; *“Constitucionalización del derecho civil y del derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”*, L.L., T.1993-D, Sec. Doctrina, pág. 675.

⁴⁸ D’ ANTONIO, Daniel Hugo; *“Régimen legal de la adopción. Ley 24.779”*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 181.

relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”, e inciso 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 el artículo 7 inciso 1 “*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*”, realizan la captación normativa del derecho a la identidad personal, tanto en su faz estática como dinámica.

Reseña Salvador Gutiérrez que el derecho a la identidad del niño se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño como un derecho autónomo, contemplándose que a partir de la Convención surge el derecho a la identidad como un derecho sustantivo e independiente de los demás elementos identificadores del ser humano, con contenido propio, y que parece basado esencialmente en circunstancias biológicas inmanentes, únicas e irrepetibles de cada ser humano⁴⁹. También indica, que este concepto está más relacionado con la identidad biológica o genética, pero que dentro del concepto derecho de la identidad, corresponde aludir también a la identidad cultural, integrado por el nombre, la nacionalidad, la lingüística, la religión, la cultura, entre otros^{50/51}.

El derecho a la identidad es un derecho humano en el derecho nacional. En virtud de este reconocimiento, se puede observar como la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, N° 26.061, sancionada en el mes de septiembre del año 2005 se hizo eco de esta supremacía al consagrar en el artículo 11 de manera expresa el Derecho a la Identidad previendo que “*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 idiosincra-*

⁴⁹ SALVADOR GUTIERREZ, Susana; “Derecho a la Identidad”, Op. cit., pág. 3.

⁵⁰ Véase SALVADOR GUTIERREZ, Susana; Op. cit., pág. 3.

⁵¹ Véase en el ámbito del Consejo de Europa, a través del Convenio Marco de Protección de las Minorías Nacionales, de febrero de 1995, que ha entrado en vigor en España en el mes de febrero del año 1998; citado por Salvador Gutiérrez, Susana; Op. cit., pág. 3.

sia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, 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”.

Cabe destacar, que la política legislativa seguida en la República Argentina es acorde con la política y técnica legislativa que se ha sucedido en gran parte de los países de América Latina. Se vislumbra que la finalidad de este proceso ha sido la adecuación y simetría de las normas del derecho interno al derecho internacional, en especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, observándose la recepción del Derecho a la Identidad en los mismos⁵².

⁵² Se puede mencionar a título de ejemplo: el Código de los Niños y Adolescentes del Perú consagra en el Artículo 6° “A la identidad.- El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”; el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay se refiere en el artículo 9 a los derechos esenciales consagrando que “Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social” y el artículo 25 consagra el Derecho a la identidad previendo “Sin perjuicio de las normas del Registro de Estado Civil, el recién nacido deberá ser identificado mediante las impresiones plantar y digital acompañadas por la impresión digital de la madre. Todas las maternidades públicas y privadas deberán llevar un registro para cumplir con lo dispuesto en el inciso anterior, al momento de realizarse el parto. Se le otorgará copia a la madre y se enviará otra al Registro de Estado Civil. Los médicos o parteros que asistan nacimientos fuera de la maternidad, deberán realizar el registro de igual forma y, en caso de

La filiación adoptiva tiene por finalidad otorgar una familia a niños que por diversas causas o razones carecen de ella, ya que existe un derecho de todo niño a crecer dentro del seno de una familia.

Ahora bien, en razón de que todo niño tiene derecho a crecer en una familia, cuando su familia de origen no puede hacerse cargo del mismo, se recurre de manera supletoria a la filiación adoptiva siempre en vista al mejor interés del niño, porque creemos que *“no hay un derecho a ser padres (y un deber del estado de proveer los hijos), sino un derecho a que todo niño viva en familia”*⁵³.

Es por ello, que la ley 24.779 -no obstante sus luces y sombras- en su íntima vinculación con el derecho a la identidad, implicó un importante avance en torno a la captación normativa del derecho a conocer el origen en el sistema legal de adopción⁵⁴.

En las siguientes líneas pasaremos a analizar tres artículos de la mencionada ley, a los efectos de poder desentrañar la finalidad que el legislador ha tenido, en consonancia con el sistema formal en que se ha plasmado y el interés superior del niño -que en la presente materia debe ser el criterio y principio rector-.

El artículo 317 establece que *“Son requisitos para otorgar la guarda: inciso c) tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin”*.

imposibilidad, anotarlos en la historia clínica. En este último caso y fuera de las hipótesis señaladas anteriormente, las impresiones digital y plantar del recién nacido se tomarán al momento de hacerse la inscripción en el Registro de Estado Civil”; el Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil dispone en el artículo 17 que “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del niño y el adolescente, abarcando la preservación de la imagen, de la identidad, de la autonomía, de los valores, ideas y creencias, de los espacios y objetos personales”; el Código de Infancia y Adolescencia de Colombia prevé en el artículo 25 el Derecho a la identidad, estableciendo “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”, entre otros.

⁵³ HERRERA, Marisa; Op. cit., pág. 79.

⁵⁴ Véase LIPOLI, María y TAVIP, Gabriel; “El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica”, JA 1998 - III - 1020.

Enfatiza Bísvaro, que es indispensable para lograr la finalidad que tiene la adopción, cual es brindar al menor el hogar del cual carece, el conocimiento por parte del juez de los adoptantes y del grupo familiar, tutelándose de esta manera el mejor interés del niño⁵⁵. Asimismo, acentúa Moreno de Ugarte, que el “compromiso” que asuman los adoptantes, supone necesariamente un cabal conocimiento del rol que deberán desempeñar en el futuro, cuando el adoptado emprende el camino de comprensión de su pasado; por ello, entiende que el juez debe constatar en primer término que los pretendidos adoptantes se encuentren en condiciones de acompañar al pequeño en el proceso de integración de su identidad, conteniéndolo y ayudándolo a superar los inevitables sufrimientos que ello le ocasionará⁵⁶

Consideramos relevante el planteo que han esbozado Hernández, Ugarte y Uriarte, al preguntarse si “...no sería más eficaz para cumplir con los fines que tuvo en miras el legislador, establecer expresamente, que entre los elementos que debe valorar el juez para determinar la conveniencia de la adopción, estará el informe de los equipos técnicos respectivos que establezcan la madurez de los adoptantes para enfrentar al menor que pretenden adoptar con su realidad biológica y adoptiva, a la vez que determinen cómo preparar al menor para que se den las condiciones, de acuerdo a la edad y circunstancias personales para que esa realidad le sea revelada”⁵⁷.

Como corolario de las ideas expuestas, coincidimos con Herrera, en que la capacidad de los pretendidos adoptantes para hacer efectivo el derecho a conocer los orígenes del adoptado, constituye un elemento esencial que debe ser analizado y evaluado por el juez a la hora de decidir y adjudicar la guarda para adopción, a fin de contribuirse de esta manera con el mejor interés del niño.

En relación con el reconocimiento del derecho subjetivo a conocer sus orígenes de que es titular todo adoptado, el artículo 321 consagra que “En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas, inciso h) deberá

⁵⁵ BISCARO, Beatriz B; “Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción”, Op. cit., pág. 996.

⁵⁶ MORENO DE UGARTE, Graciela; “Tutela del derecho a la identidad en la adopción”, Op. cit., pág. 1016.

⁵⁷ HERNANDEZ, Lidia – UGARTE, Luis y URIARTE Jorge; citados por Herrera, Mari-sa; “*El derecho a la identidad en la adopción*”, T. II., Op. cit., pág. 200.

constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica”

Si bien, a diferencia de lo que se suscitaba durante la vigencia de la ley 19.134, hoy se prevé normativamente el compromiso que deberán asumir los adoptantes de hacer conocer la realidad biológica al adoptado en el momento de dictarse sentencia; no se puede callar la ambigüedad que encarna la presente normativa⁵⁸.

Frente a la multivocidad que denota el término “compromiso” se han suscitado diferentes interpretaciones, entre quienes consideran que es tan sólo un deber moral de aquéllos que enfatizan que se trata de un deber legal.

Bíscaro por su parte, se enrola en la primer postura, al razonar que el compromiso asumido por los padres ante el juez no supone para el adoptante un deber legal, en razón de no estar prevista sanción alguna en caso de incumplimiento, con lo cual estima que el precepto normativo resulta meramente indicativo y en tal sentido cumple una función docente⁵⁹. Considera la autora mencionada, que la norma debió establecer la obligación de los padres de hacer conocer a su hijo el carácter de adoptado; respetando los tiempos de los adoptantes para decir y elegir el momento oportuno, en consonancia con la edad y madurez del adoptado; ya que una cosa es respetar el derecho de intimidad de los padres y otra el derecho de identidad, considerándolos perfectamente compatibles a los dos⁶⁰. Levy, considera también, que este compromiso, aun cuando es expresado ante el juez, no implica para el adoptante un deber legal, ya que no está prevista sanción alguna para el adoptante en caso de incumplimiento. Destaca, que el precepto legal resulta meramente indicativo y, en tal sentido, cumple una función docente⁶¹.

Dentro de la segunda tesis, podemos enrolar a D’Antonio, quien señala que la falta de cumplimiento del compromiso asumido importará un indebido ejercicio de la potestad adoptiva, ubicando a los adoptantes en condiciones de ser

⁵⁸ Véase BISCARO, Beatriz B; “Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción”, Op. cit., pág. 997.

⁵⁹ Véase BISCARO, Beatriz B; Op. cit., pág. 997.

⁶⁰ Véase Ídem.

⁶¹ LEVY, Lea; “*Régimen de adopción. Ley 24.779*”, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 106.

sujetos pasivos de las respectivas acciones⁶². Por su parte, Orlandi, destaca que “...la norma es meramente formal y no determina las formas en que el compromiso debe asumirse...la falta de cumplimiento del compromiso asumido importará un indebido ejercicio de la potestad adoptiva...”⁶³. Lupoli y Tavip señalan que una de las deficiencias mayores del presente artículo consiste en la no previsión de ningún mecanismo de control o seguimiento por parte del Tribunal para evaluar el cumplimiento del compromiso, enfatizando que la falta de cumplimiento del compromiso asumido implicará un indebido ejercicio de la potestad adoptiva, siendo pasible de sanciones⁶⁴. Por último, Lloveras alude al término obligación a los efectos de referirse a la actitud que asumen los adoptantes en la sentencia de adopción, destacando que “si bien el compromiso del adoptante no reconoce medios coercitivos para realizarlo o hacerlo cumplir, ni hay sanción alguna por el incumplimiento, lo relevante es que el compromiso exista y se lo cumpla”⁶⁵, y Graciela Medina expresa que se si bien se recepta una obligación legal, la misma no se encontraría sujeta a plazo perentorio⁶⁶.

Frente a estas posturas, subyacen la concepción de norma y con ella la concepción del Derecho que se posee, ya que si consideramos que sólo existirá un deber legal en los supuestos en que exista sanción, parecería que nos estaríamos enrolando en una concepción nomológica ontológica; en tanto, que si concebimos a la norma -desde la postura de la “Teoría Trialista del Mundo Jurídico” desarrollada por Werner Goldschmidt-, observaremos que la misma comprende una estructura bimembre, encontrándose en el tipo legal o antecedente “la situación fáctica a reglamentar o el problema” y en la consecuencia jurídica se esbozará “la reglamentación del tipo legal o solución”⁶⁷. Ante estas

⁶² D’ANTONIO, Daniel Hugo; “*Régimen Legal de la adopción*”, Op. cit., pág. 133.

⁶³ ORLANDI, Olga; “Hacia una adopción confiable”, JA 1998 - II - 1031.

⁶⁴ LUPOLI, María - TAVIP, Gabriel; “El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica”, JA 1998-III, pág.1022.

⁶⁵ LIOVERAS, Nora; citada por HERRERA, Marisa; “*El derecho a la identidad en la adopción*”, T. II., Op. cit., pág. 212.

⁶⁶ MEDINA, Graciela; “*La adopción*”, T. I., Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 318.

⁶⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “*Lecciones de Teoría General del Derecho*”, Investigación y Docencia, Vol. 32 (1999), págs. 33 y ss.

circunstancias hay que contemplar la finalidad que ha tenido el legislador a la hora de captar el instituto de la filiación adoptiva, vislumbrándose que lo que se pretende satisfacer es el interés superior del niño, y el conocimiento de la propia realidad contribuye con el mismo.

En consecuencia, participamos de la postura asumida por Herrera, al concebir el presente compromiso como una obligación no obstante la omisión de sanción en el texto de la ley. Asimismo, cabe destacar que realizando la interpretación histórica, basándonos en el elemento sistemático y coincidiendo con Herrera, sería susceptible la reparación de daños y perjuicios. En tal sentido, señala Herrera -que si bien comulga con la concepción más restringida en materia de responsabilidad civil en las relaciones de familia- que *“en este campo, donde está en juego el respeto por un derecho humano, como el derecho a la identidad -más precisamente el derecho a conocer los orígenes- debe ingresar la teoría de la responsabilidad civil. De esta manera, el supuesto en estudio pasaría a ser otra causal de reparación dentro o relativa del derecho de familia, viendo así ampliado su campo de aplicación. Es decir, el abanico de situaciones que podrían dar lugar a la dñada responsabilidad civil y familia”*⁶⁸. En un sentido similar, la reparación de daños y perjuicios derivados de la violación del derecho a la identidad en el campo de la adopción fue propuesto por el Primer Congreso Interdisciplinario de Adopción Nacional y del Cono Sur, del año 1992, en el que se concluyó que *“Debe considerarse resarcible el daño a la identidad, como comprendido en el daño a la persona cuando no habiendo afectación a otros derechos de la personalidad está alterada o disminuida su posibilidad de ser conocido, tratado y considerado como ser único diferenciado de los demás. La reparación pecuniaria no agota otras posibilidades de resarcimiento. Cualquier reforma a la ley de adopción debe contemplarla”*^{69/70}.

⁶⁸ HERRERA, Marisa; *“El derecho a la identidad en la adopción”*, T. II., Op. cit., pág. 216.

⁶⁹ Primer Congreso Interdisciplinario de Adopción Nacional y del Cono Sur, revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Revista de Derecho de Familia, N° 7, Abaledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 133; citado por HERRERA, Marisa; *“El derecho al a identidad en la adopción”*, T.II., Op. cit., pág. 216 y 217.

⁷⁰ Asimismo, cabe destacar, el Proyecto de Reforma del Código Civil del Año 1998, que en el artículo 105 preveía que *“La persona humana afectada en su intimidad personal o fa-*

Finalmente, el artículo 328 del Código Civil establece que *“El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”*.

El devenir histórico ha mitigado la reverencia que existía al culto del secreto en materia de adopción, evidenciándose en la materialidad de los hechos un cambio de paradigma, arribándose a una respuesta cabal en torno a que la revelación de la realidad biológica contribuye al mejor interés del niño. Sostienen las psicólogas Mirta Videla y María Teresa Maldonado que *“la sensación que suelen tener los niños a quienes se oculta algo importante, como por ejemplo su adopción, es que están frente a un rompecabezas donde falta un elemento, de modo que no consiguen formar claramente la figura. Esta es su identidad, sin duda alguna”*⁷¹. Coincidimos con D’Antonio que tal cercenamiento de la persona no puede ser aceptable ni convalidado por el Derecho, debiendo el ordenamiento normativo asegurar que el derecho a la identidad del adoptado quede plenamente delineado⁷².

Frente al texto del artículo 328, creemos necesario advertir que en vez de utilizarse la expresión “realidad biológica” debería indicarse “el derecho a conocer sus orígenes”, ya que consideramos que la segunda expresión terminológica es la que se comprende en el derecho a la identidad en su aspecto estático y dinámico. En tal sentido, coincidimos con los cuestionamientos que se realiza Herrera al preguntarse: *“¿a qué se refiere la ley con el concepto de realidad biológica? ¿Sólo a un útero fecundo y al parto? ¿a la madre que lo gestó? ¿a los datos genéticos? Cualquiera sea la respuesta, fácil es advertir lo acotado o limitado de este término para reflejar todo lo que se esconde detrás de aquella relación “de sangre”. Cuál sería el término más adecuado para materializar la compleja interacción madre - hijo, que comienza mucho antes del nacimiento: el concepto de orígenes”*⁷³. En tal sentido, se afirma que la biología

miliar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos”.

⁷¹ D’ AGOSTINO, Francesco Linee di filosofia Della famiglia nella prospettiva Della Filosofia del Diritto, Giuffré, Milano, 1991, pág. 167; citado por D’ Antonio, Daniel Hugo; *“Régimen Legal de la Adopción...”* Op. cit., pág. 185.

⁷² Véase D’ ANTONIO, Daniel Hugo; Op., cit., pág. 185 y ss.

⁷³ HERRERA, Marisa; *“El derecho a la identidad en la adopción”*, T. I., Op. cit., pág. 174.

no es un término sinónimo de genética; justificándose esta distinción en que todas las personas tienen lo que se denomina “memoria prenatal”, que excede la propia herencia genética; enfatizando Giberti que hay una serie de procesos de diversa índole que se entablan entre el feto y la mujer que lo contiene que trascienden el intercambio fisiológico de alimentos y oxigenación, reconociéndose una serie de conductas tempranas en los bebés “*cuyos ritmos autorizan a pensar que existió, antes del nacimiento, una organización preformada*”⁷⁴.

En suma, coincidimos con Herrera, en que el nexo biológico no es lo único que une a un niño con quien lo gesta, sino que entre ellos se produce una interacción que trasciende ese ámbito, y por la cual deviene pertinente hablar de orígenes, historia, biografía como conceptos indistintos e integradores y abarcativos tanto de lo genético como de todo tipo de relación que se entreteje entre madre e hijo desde el momento de la concepción hasta el día de su nacimiento⁷⁵.

En torno a la edad que se debe tener para poder acceder al conocimiento de sus propios orígenes, la norma en cuestión consagra que a partir de los dieciocho años el adoptado podrá acceder al expediente. En torno a la edad que la norma ha estipulado, se observa que en la discusión parlamentaria, el Senador Agúndez propuso que el texto a sancionarse estableciera “*El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción*”, argumentando que no debía estipularse una edad determinada para ejercer tal derecho; pero ante la iniciativa del Senador Cafiero se elevó la edad a dieciséis años, y finalmente se consagró la edad de dieciocho años, fundamentándose que obedecía a un problema de maduración⁷⁶.

Al realizar la tarea de la interpretación del artículo 328 del Código Civil, creemos imperioso señalar que consideramos contradictorio la exigencia de 18 años de edad, cuando en el artículo 321 inciso h se consagra el compromiso de

⁷⁴ GIBERTI, Eva; “*Comentarios acerca de la nueva ley*”, en Giberti Eva, y colaboradores: “*Adopción para padres*”, Buenos Aires, Lumen Humanitas, 1999, pág. 29; Citada por Herrera, Marisa; Op. cit., pág. 175.

⁷⁵ HERRERA, Marisa; Op. cit., pág. 176.

⁷⁶ Véase D’ANTONIO, Daniel Hugo; “*Régimen Legal de la Adopción...*”, Op. cit., pág. 186.

los padres de hacer conocer al adoptado su realidad biográfica conteste con la maduración psicológica propia de cada persona y fundamentalmente con el sistema de adquisición progresiva de competencia en niños y adolescentes contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el artículo 12 reza “1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; y 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” y continuado por la Ley 26.061 que establece en el artículo 3, en el que se consagra el interés superior del niño, debiéndose respetar “a) su condición de sujeto de derecho; b) a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”; y el artículo 24 que afirma el derecho a opinar y a ser oído, sostiene que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés; b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

Destaca Herrera que esta postura que adopta la Convención sobre los Derechos del Niño y reforzada por la ley 26.061, “es la que ha dado lugar a la llamada “capacidad progresiva”, dejándose de lado una concepción rígida sobre la capacidad -incapacidad de niños y adolescentes fundada en edades fijas e inamovibles, como establece el actual Código Civil. Por el contrario el concepto esta puesto en conceptos indeterminados, como madurez, discernimiento, formación de un juicio propio, lo cual obligaría a varias normativas de la legislación civil a intentar verse armonizadas con este principio mediante la recepción de un sistema más flexible, donde la edad sea un elemento o una pauta indicativa relevante, pero no la única que habilite el ejercicio de

derechos. Se trata de que el ordenamiento jurídico se adecue a la “evolución de facultades” -connotación en constante cambio- que presentan de manera inexorable los niños y adolescentes”⁷⁷.

En virtud de lo expuesto, creemos que todo niño adoptado tiene derecho a conocer su propia historia aún antes de los dieciocho años.

Finalmente, en materia de adopción plena creemos que debería haberse captado normativamente la posibilidad de revocabilidad de la misma, de manera similar a lo que aconteció con la modalidad simple.

La adopción plena tiene un fuerte impacto en la relación del adoptado con su familia de origen, al extinguir los vínculos del niño/a con su familia anterior, con lo cual creemos que es cuestionable la ley 24.779 al permitir sólo la revocación de la adopción simple, la que ya había sido captada en la legislación anterior, y a cuyo texto se incorporó la posibilidad de revocación por petición del adoptado mayor de edad (según reza el artículo 335, inciso c) CC), manteniéndose la irrevocabilidad absoluta de la adopción plena. Creemos que la tendencia debe ser la flexibilización de los efectos de esta modalidad, en aras de la personalización del niño/a sujeto a adopción, cuyo uno de los efectos de esta consideración es la posibilidad de que “el adoptado” pueda plantear la revocación de la adopción plena cuando invoque razones de peso que puedan ser judicialmente meritorias⁷⁸.

3. PROCREACIÓN ASISTIDA Y DERECHO A LA IDENTIDAD

Como hemos descripto anteriormente, la denominada “revolución tecnológica” irrumpió en el escenario social, y conmovió hondamente las bases de lo conocido, para dar a luz nuevas maneras de “ser”. En el área de la ciencia aplicada al campo de la medicina, y en atención al tema tocante del presente, proyectó como uno de sus efectos más extendidos, un profundo cambio en materia de procreación humana, colocando junto a la procreación natural, aquella lograda mediante las técnicas de reproducción asistida.

⁷⁷ HERRERA, Marisa; *“El derecho a la identidad en la adopción”*, T. I., Op. cit., pág. 155.

⁷⁸ Véase LIOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Op. cit., pág.178 y ss.

La “revolución reproductiva”⁷⁹, fenómeno al que se alude en atención a la separación entre reproducción humana y ejercicio de la sexualidad, proyecta innumerables interrogantes, puesto que trasciende las estructuras jurídicas existentes⁸⁰. A partir de que “*la generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, para pasar a ser un acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo, con intervención de terceros*”⁸¹, surgen y se posibilitan en la realidad social nuevas formas de constitución familiar, quedando las normas a la zaga de tales transformaciones, tal como ocurre en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

Emerge entonces por un lado, el desafío del operador jurídico de procurar la subsunción de las nuevas realidades en el marco de estructuras cuya *ratio legis* responde a otro contexto histórico; y por el otro, el reclamo de su regulación por parte del legislador, tarea en la que compromete dar cima a soluciones que cristalizarán una absoluta definición del modelo de sociedad que desde el Estado se piensa.

Uno de los institutos fundamentales del Derecho de familia, tal el Derecho de filiación, en particular la filiación natural⁸², fue uno de los más conmovidos por la alteración de la dimensión tempo-espacial del acto procreacional que la ciencia aplicada a la vida produjo, puesto que el presupuesto fáctico del que emergía se alteró fundamentalmente.

Así, uno de los interrogantes que ha ocupado al operador jurídico en el marco de nuestro ordenamiento, frente a la falta de previsión por parte del legislador de la ley 23.264, ha sido el de determinar el vínculo paterno y/o materno en los casos de fecundación heteróloga, esto es, aquellos en que se utiliza material genético que no es propio de la pareja (heterosexual u homosexual) o persona (mujer u hombre) sola; a lo que se sumará, el recurso a la maternidad subrogada, que conmovió la máxima del Derecho romano “*Mater semper*

⁷⁹ LAMM, Eleonora; “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción...”, Op. cit., pág. 107.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ WAGMAISTER, Adriana; “Maternidad Subrogada”, en RDF, N° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pág. 22 y ss.

⁸² Sin omitir, claro está, la problemática en torno a la adopción prenatal, como posibilidad de aplicación de las normas de la filiación adoptiva al caso de embriones criopreservados.

certa est”, que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, al posibilitar que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto⁸³.

Cabe reparar en que, con la sanción de la ley 26.618, se visibilizó o emergió nuevamente la discusión al respecto, a raíz de que la procreación asistida resulta ser el camino a tomar para aquellas parejas que desean desenvolver la vía de la homoparentalidad por senderos diversos de la filiación adoptiva. Máxime que, como afirma Famá, la ley de Matrimonio Igualitario, ha guardado casi absoluto silencio en la materia, con excepción de la reforma introducida en el inc. c) del art. 36 de la ley 26.413 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas⁸⁴, complementada con la cláusula final del art. 42⁸⁵, además de que nuestro ordenamiento no ha recogido en forma expresa una regulación concerniente a la fertilización asistida⁸⁶.

Los derechos y principios que estructuran el régimen filiatorio argentino, y que emergen del orden constitucional y aun del propio Código Civil, como ya expresamos, son los siguientes: a) el derecho a la identidad y el derecho a la verdad; b) el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación; y c) el interés superior del niño. Debiendo adicionarse el principio de voluntad procreacional cuando a la procreación natural se le suma la derivada de la fertilización asistida⁸⁷.

La ley 23.264, que se cimentara sobre la base del Derecho a la igualdad,

⁸³ LAMM, Eleonora; “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción...”, Op. cit., pág. 109.

⁸⁴ ARTICULO 36. Ley 26.618 - Sustitúyese el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente forma: c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta;

⁸⁵ Art. 42. Ley 26.618. (...) Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

⁸⁶ FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás...”, Op. cit., pág. 55/56.

⁸⁷ Op. cit., pág. 56.

mediante la equiparación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial⁸⁸, y del respeto por la verdad biológica, procurando la concordancia entre la realidad biológica y el vínculo jurídico, si bien constituyó un importante avance, hoy “... se muestra como una respuesta parcial frente a la velocidad de las transformaciones sociales y culturales operadas en estas últimas décadas”⁸⁹. Insuficiencia plasmada en un sinnúmero de tensiones constitucionales que han debido ser abordadas por la jurisprudencia, que se ve reforzada tras la sanción de la ley 26.618⁹⁰.

Por lo expuesto entiende Famá, que a los principios emergentes de la reforma introducida por la ley 23.264, deben sumarse el interés superior del niño y la voluntad procreacional⁹¹.

Podemos advertir que en los supuestos aludidos en materia de procreación asistida heteróloga, desde el origen, la realidad biológica y la voluntad procreacional se hallan disociadas, y el operador del derecho se enfrentará, como dijimos, a definir los criterios para determinar la filiación, lo cual implicará a la postre, la ponderación del derecho a la identidad del nacido respecto de los demás intereses que se encuentran en juego.

Ahora bien, la identidad no se limita exclusivamente a la verdad biológica, “sino que es comprensiva de otros aspectos que integran la persona, por tratarse de un proceso que comienza con la concepción y culmina con la muerte (dimensión estática y dinámica)⁹². Cita Krasnow la posición de Gil Domínguez, Famá y Herrera, según la cual “... se puede advertir que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de la filiación, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico. Aquí es donde se conjugan las fases estática y dinámica que integran la identidad de una persona según Fer-

⁸⁸ Art. 240. Código Civil (texto según ley 23.264) “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

⁸⁹ FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás...”, Op. cit., pág. 56/57.

⁹⁰ Op. cit., pág. 57.

⁹¹ Ídem.

⁹² KRASNOW, Adriana N.; “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LL 2007-F, 1224.

nández Sessarego...”⁹³.

Desde esta comprensión de la identidad como un complejo de aspectos que, si bien comprenden aquellos heredados genéticamente, pero que los trascienden para incluir aquellos forjados a lo largo del devenir existencial, es que “... se entiende el fundamento constitucional del principio de la voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se accede a técnicas de fertilización asistida”⁹⁴.

De modo que, en materia de emplazamiento filial, y frente a una disociación total o parcial entre verdad biológica y voluntad procreacional, corresponde proteger ésta última cuando por medio de la misma se garantiza la realización de los otros aspectos que conforman la identidad del hijo en su dimensión dinámica⁹⁵. La voluntad procreacional debe conjugarse con el interés superior del niño, el cual deberá definirse en este aspecto, como la máxima satisfacción del derecho a la identidad del niño en sentido amplio y de su derecho a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión⁹⁶. Tal criterio ha sido receptado en jurisprudencia reciente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; que al decidir sobre una acción de amparo, impetrada frente a la denegatoria del Registro Civil de anotar como hija de la cónyuge de la mujer que dio a luz un niño, concebido merced a una práctica de fertilización asistida con semen de dador anónimo, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 6 sostuvo que “*en la actualidad la palabra "naturaleza" utilizada por el Código lo es al solo efecto de distinguirla de la filiación adoptiva y no como presupuesto de identidad biológica con ambos padres. En este sentido cobra relevancia la llamada voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se utilizan técnicas complejas de reproducción asistida -sea en parejas hetero u homosexuales-, ya que no existirá un*

⁹³ GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T. II, pág. 836. Cit. por KRASNOW, Adriana N.; “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, Op. cit.

⁹⁴ FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás...”, Op. cit., pág. 58.

⁹⁵ KRASNOW, Adriana N.; “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, Op. cit.

⁹⁶ FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás...”, Op. cit., pág. 58.

vínculo biológico con uno o ambos padres"⁹⁷.

En tal sentido, el proyecto de ley en estudio en la Cámara de Diputados acerca de la reproducción médicamente asistida⁹⁸, establece que no es el elemento genético sino el volitivo, el que determina la filiación. Citan Kemelmajer, Herrera y Lamm, las normas más relevantes del capítulo III del dictamen de mayoría de la legislación proyectada, que se titula "De la Identidad y Filiación". "La persona nacida de gametos donadas por terceros debe ser reconocida como hijo de los beneficiarios de la técnica. El donante de gametos no puede en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de los gametos por él donadas. Las personas nacidas de gametos donados no pueden reclamar derechos vinculados a la filiación" (art. 10); "La persona nacida de gametos donados por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, puede conocer la identidad del donante que aportó sus respectivos gametos. La transferencia confiere a la persona nacida una única filiación, desconociendo toda pertenencia, parentesco y efectos jurídicos con su familia de raíces genéticas, con la sola excepción de los impedimentos matrimoniales establecidos para la adopción plena" (art. 11)⁹⁹.

Sentadas estas premisas, nos convoca la consideración de una temática estrechamente ligada a la fecundación artificial heteróloga y el derecho a la identidad, tal es el caso de la donación de gametos frente al anonimato del donante, y el derecho a conocer los orígenes.

Sabemos que la procreación humana asistida, forma parte del proceso de transformación de la familia. Proceso que a su vez, se plasma en la pluralización de las estrategias de convivencia, donde se diversifican los tipos familiares, como alternativa al modelo familiar nuclear conyugal tradicional.

⁹⁷ Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autos M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo, 12/07/2011, LA LEY2011-D, 315.

⁹⁸ Conforme expresan Kemelmajer, Herrera y Lamm, se trata de un proyecto nacido en las comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General, y de Presupuesto y Hacienda, que acumula varios proyectos iniciados bajo diferentes números de expedientes. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", diario La Ley del 08/08/2011.

⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; "La reproducción médicamente asistida...", Op. cit.

Puede compartirse que existe un derecho a procrear y a elegir las condiciones y el contexto social en el que se reproduce. Consecuentemente, este derecho humano, fundado en el derecho a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad, comprende la posibilidad de que toda persona tenga acceso a las técnicas de procreación asistida en todos los casos y en condiciones de igualdad. Ello en virtud de que en nuestro derecho existen normas de jerarquía constitucional que consagran la libertad o el ejercicio sin restricciones del derecho a formar una familia, tanto para el hombre como para la mujer¹⁰⁰.

Así, entre los ejemplos de supuestos que pueden acaecer con intervención de la fecundación asistida heteróloga, podemos hallar por un lado, la asunción *ab initio* de un modelo de familia monoparental, o monoparentalidad directa, puesto que desde el mismo momento de la concepción y consecuente emplazamiento, el niño se halla inmerso en un núcleo familiar monoparental. O bien, la biparentalidad puede alcanzarse en el marco de una pareja, unida o no en matrimonio, formada por personas de igual o diferente sexo, que acude a material genético ajeno a la misma. En tal marco, si bien ya definimos nuestra postura a favor de la voluntad procreacional como elemento determinante del emplazamiento filial, debemos analizar el cuestionado anonimato del donante.

Nuestra legislación proyectada, en primer lugar admite la reproducción heteróloga, a la par que se pronuncia respecto del anonimato del dador de los gametos. Así, si bien en un principio alude al carácter anónimo en cuanto a la identidad del dador (art. 6), Kemelmajer, Herrera y Lamm sostienen que el anonimato no sería tal, ya que en el art. 11 lo flexibiliza, al permitir que desde que a la mayoría de edad, la persona nacida por estas técnicas pueda conocer la identidad en sentido amplio; o sea, tiene derecho a la información "identifi-

¹⁰⁰ Por ej., el Art. 6° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 17 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 23 inc. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Ver al respecto MINYERSKY, Nelly; "El derecho al hijo", en "La familia en el nuevo derecho", obra colectiva dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y coordinada por Marisa Herrera, Santa Fe, 2009, Rubinzal Culzoni, Tomo II, págs. 381-425; entre otros. Citado por SCHIRO, María Victoria - CALÁ, María Florencia; "La responsabilidad por daños intrafamiliar y la familia monoparental", en prensa en la Revista Trabajos del Centro, publicación del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

catoria" y "no identificatoria"¹⁰¹.

En tal sentido, la ley española 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes (art.5.5). A renglón seguido consagra el derecho de los hijos nacidos a que, por sí o por sus representantes legales, obtengan información general de los donantes que no incluya su identidad. Pero prevé como excepción que cuando concurren circunstancias extraordinarias que comporten 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 el 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. Vemos entonces aquí que, al igual que la legislación proyectada nacional, si bien no procede bajo ninguna circunstancia el emplazamiento paterno del donante, el anonimato se encuentra flexibilizado; siendo más restringida la norma española, ya que el anonimato sólo cede ante la concurrencia de circunstancias extraordinarias previstas en atención de la salvaguarda de otros derechos.

En un decisorio de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, del año 2009, se abordó la temática, a raíz de que la práctica de fertilización asistida respecto de la cual se solicitaba cobertura de la obra social, incluía la ovodonación. Así, el tribunal trajo a colación las posturas acerca del anonimato del dador de gametos, deslindando entre aquellas que postulan el anonimato total de quien proporciona el gameto; otras que aluden al anonimato relativo, o sea que la donación será anónima, pero el nacido puede conocer los datos biogénéticos del donante. Sostienen que por sobre el anonimato prevalece el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica, y que sólo tendrán acceso a esos datos, sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. Y una tercera postura, que defiende no solo el conocimiento de los datos biogénéticos sino también el derecho a conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra

¹⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; "La reproducción médicamente asistida...", Op. cit.

consecuencia jurídica ni derecho alguno. Expresan que otorgarle a una persona el derecho a conocer su origen no implica facultarlo a reclamar judicialmente por filiación, y que la determinación de esa relación genética y el conocimiento de la identidad del donante no implican relación jurídica alguna¹⁰². El fallo acoge la pretensión contenida en la demanda, pero ordena al centro médico especializado, resguardar los datos biogénéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias.

Ante el panorama descrito nos preguntamos, ¿cómo se armoniza con la fecundación heteróloga y el anonimato del donante de gametos, el derecho del niño a conocer sus orígenes, derecho de raigambre constitucional¹⁰³?

Al respecto se ha entendido, por un lado, que la fecundación heteróloga, resulta violatoria de los derechos del niño y por tanto no debe admitirse, por cuanto *“No es posible desdibujar de ese modo la personalidad del descendiente, tras una disociación deliberada entre su identidad genética y estática, por un lado, y la dinámica y social, por el otro; o sea, que nada justifica condenar al niño a una maternidad o paternidad múltiple; sobre todo al existir otros medios -como la adopción- para satisfacer el deseo adulto de ser madre o padre. De aquí se sigue que existe un derecho del hijo por nacer a que se concentre en una misma persona el acto de procreación, gestación o engendro y el cumplimiento de las funciones materna o paterna, respectivamente”*¹⁰⁴.

En las antípodas, encontramos la posición que si bien, pese a sostener una postura abierta en el marco del derecho a conocer los orígenes en la adopción, entiende que la misma no debe trasladarse al campo de la procreación asistida heteróloga. Y ello por entender que la subsistencia de la propia institución depende justamente del anonimato; hallándose involucrado no sólo el derecho a

¹⁰² Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, autos B. C. y otra c. U.P., 17/12/2009, DFyP 2010 (abril), 210, con nota de Adriana N. Krasnow.

¹⁰³ Art. 7.1. Convención sobre los Derechos del Niño: “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”.

¹⁰⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis; “El niño y la reproducción humana asistida”, publicado en Diario La Ley de fecha 30/08/2010.

la identidad de la persona nacida por el uso de estas técnicas sino también el interés general. Así, de levantarse el secreto que rodea a esta figura, nadie donaría sus óvulos y/o espermatozoides, y por tanto la fertilización heteróloga desaparecería. Al respecto, Herrera se pregunta *¿es beneficioso para una persona darle tanta relevancia a quien sólo prestó el material genético a través de una acción, sea de emplazamiento o no? ¿No es que la voluntad procreacional se constituye en la fuente de la determinación de la filiación paterna en el campo de la procreación asistida?*¹⁰⁵.

La admisión de la fecundación heteróloga, si se la estima como un camino válido para acceder a la constitución de una familia, implica ante todo, reconocer que nos hallamos de cara a una realidad diversa que la acaecida en el marco de la adopción, respecto del derecho a conocer sus orígenes de la persona nacida por el recurso a estas técnicas.

4. PALABRAS FINALES

Del análisis que nos precede, afirmamos el derecho humano a conocer la identidad en materia de filiación.

No obstante, advertimos que existen diferencias sustanciales entre el derecho a conocer los orígenes en la procreación asistida heteróloga y en materia de adopción, ya que ambas responden a realidades diversas. En tal sentido, coincidimos con Eleonora Lamm quien en relación a la legislación española dijo que son muchas las razones que justifican el anonimato en materia de reproducción asistida. En tal sentido, expresa que en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida no se presenta una historia previa como en materia de adopción, ya que el vínculo surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. En cambio, en materia de adopción existe una historia previa, a mediado un abandono, un desarraigo, y el vínculo surge con posterioridad a todo esto. En los casos de adopción el derecho a conocer el origen está siempre presente, pero en los casos de reproducción asistida, la historia comienza cuando se recurre a las técnicas, es decir no hay historia previa por conocer que legitime o justifique tal investigación. En la adopción, antes de

¹⁰⁵ HERRERA, MARISA; *El derecho a la identidad en la adopción*, T II, Op. cit., pág. 132 y ss.

ella el niño ya existe y tiene un pasado, en las técnicas de reproducción asistida no hay un pasado, la existencia de ese niño es consecuencia de una voluntad que así lo quiso¹⁰⁶.

¹⁰⁶ LAMM, Eleonora, Trabajo sobre técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español y en el Derecho Argentino, inédito, pág. 89 y ss., citado por HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, T II, Op. cit., pág. 133 - 134.

BIBLIOGRAFÍA:

BERNAL, Martín; “Identificación del nacido. Historia y estado actual”, Colex, 1994, pág 40; Citado por Salvador Gutiérrez, Susana; “Derecho a la Identidad”, op., cit., pág. 1

BISCARO, Beatriz B; “Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción”, JA 1998 – III – 997.

CADORET, Anne, “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”, Revista de Antropología Social, N°18, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pág. 67.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Convertirse en persona”, Revista de Familia y de las Personas N° 1, 2010, Buenos Aires, La Ley, p.203.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El derecho Universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 15.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los Pronombres Personales y el Derecho de Familia (Nuevos aportes a la Filosofía del Derecho de Familia)”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directora) y Herrera, Marisa (Coordinadora), *La Familia en el Nuevo Derecho*, t.I., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 72.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía del Derecho de Familia”, Investigación y Docencia, N° 34, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 19.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho Público y Derecho Privado”, LL 1979-D, 956 ss.
<http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/documenBody?num2re=15&colleccion>

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Justicia y Persona”, Investigación y Docencia, N° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 69 y 70.

CHECHILE, Ana María, *El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin general vínculos filiatorios*, RDF III, 2006, p. 162.

DIEZ – PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1984, p. 22

DURAN de KAPLAN, Valeria, “Fertilización asistida: una perspectiva psicológica. Las modificaciones de la sexualidad como producto de la ciencia”, RDF, 50, pág. 154.

FAMA, María Victoria, “Impacto de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia a la luz de la reciente Jurisprudencia Española”, RDF N° 50, pág. 239 y ss.

FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás... Filiación y homoparentalidad en la Ley 26.618 de matrimonio igualitario”, RDF, 48, pág.55

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “*Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo*”, Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII. N° 16. Julio – septiembre. 1998. Citado por GIL DOMINGUEZ, Andrés “El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional”. LLBA 1999 – 1104

GIBERTI, Eva; “*Comentarios acerca de la nueva ley*”, en Giberti Eva, y colaboradores: “Adopción para padres”, Buenos Aires, Lumen Humanitas, 1999, pág. 29

GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T. II, pág. 836.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6 edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 417

HERNANDEZ, Lidia – UGARTE, Luis y URIARTE Jorge; citados por Herrera, Marisa; “*El derecho a la identidad en la adopción*”, T. II., op., cit., pág. 200.

HERRERA, Marisa, *¿Una dupla compleja? Investigación y Derecho de Familia o qué significa investigar en Derecho de familia*, en *La Familia en el Nuevo Derecho*, op., cit., pág. 205.

HERRERA, Marisa; “*El derecho a la identidad en la adopción*”, T. I., Buenos Aires, Editorial Universidad 2008

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; *La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*, diario La Ley del 08/08/2011.

KRASNOW, Adriana N.; “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LL 2007-F, 1224.

LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, RDF, N° 50, pág. 107.

LLOVERAS, Nora, “Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”, en Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, dirigido por Nora Lloveras, Córdoba, Alveroni, 2010, p. 35.

LLOVERAS, Nora – SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2009, Depalma.

LLOVERAS, Nora; “*La identidad personal: Lo dinámico y lo estático en los derechos del niño*”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Revista de Derecho de Familia. N°13, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 65 y ss. Fuente: Lexis nexis online 0029/000297 ó 0029/000308

LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Constitucionalización del derecho civil y del derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*”, op., cit., pág. 675.

LIPOLI, María y TAVIP, Gabriel; “*EL acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica*”, JA 1998 – III – 1020.

MINYERSKY, Nelly; *El derecho al hijo*, en “La familia en el nuevo derecho”, obra colectiva dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y coordinada por Marisa herrera, Santa Fe, 2009, Rubinzal Culzoni, Tomo II, págs. 381-425; entre otros. En SCHIRO, María Victoria – CALÁ, María Florencia; *La responsabilidad por daños intrafamiliar y la familia monoparental*, en prensa en la Revista Trabajos del Centro, publicación del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y divorcio*, primera reimpresión, Buenos Aires, 2001, Astrea, p. 3.

MIZRAHI, Mauricio Luis; *El niño y la reproducción humana asistida*, publicado en Diario La Ley de fecha 30/08/2010.

MORENO DE UGARTE, Graciela; “*Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena*”, JA 1998 – III – 1009.

PETTIGIANI, Eduardo J; “*La identidad del niño ¿esta sólo referida a su origen? (Adopción vs. Realidad biológica)*”, JA 1998 – III- 1006.

SARTRE, Jean – Paul; “*El ser y la nada (Ensayo de ontología y fenomenología)*”, Primera Edición, Segunda, Reimpresión, Traducción: Juan Valmar, Buenos Aires, Losada, 2006

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana; “*Derecho a la Identidad*”, Actualidad Civil, 1999, Ref. LXXI, pág. 1469, T.4, Editorial La Ley. La Ley Digital, pág. 1.

WAGMAISTER, Adriana; “*Maternidad Subrogada*”, en RDF, N° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pág. 22 y ss.

ZABALZA, Guillermina “*El crecimiento de la autonomía como materialización de los nuevos desafíos del Derecho de Familia*”, capítulo de libro en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, en prensa.