

Filiación y origen biológico

Abog. María Victoria Pellegrini*

Del juego interpretativo de diversas normas vigentes resulta que toda persona es titular del derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o quiénes fueron sus padres biológicos.¹ Básicamente, su fundamento reside en el derecho a la identidad.

Conforme nuestro sistema jurídico, al conocimiento del origen biológico se accede mediante el ejercicio de las acciones de filiación, lo cual implica necesariamente un desplazamiento y su consecuente emplazamiento en un diverso estado familiar.

Ahora bien, ¿siempre la concordancia entre el origen biológico y la filiación jurídica es aquello que mejor protege al interés del niño comprometido?.²

Valga aclarar que en estas líneas se dejan de lado aquellos supuestos en los que a través de un hecho delictivo a quien engendró un hijo se le impide asumir el rol de padre (apropiaciones, sustracciones, sustituciones de estado civil, etc.), pues en tales circunstancias se ha consumado una acción contraria al derecho que en modo alguno puede ser justificada.

Si bien el derecho a la identidad personal incluye el dato genético, el hecho biológico de la procreación, no se agota en este hecho natural, no excluye la verdad sociológica y la historia de vida del sujeto. Ambos aspectos integran el derecho a la identidad (faz estática y dinámica)³.

De allí entonces, se ha comenzado a reconocer –por cierto no en forma pacífica- la posibilidad de instar una acción meramente declarativa, autónoma e independiente de la acción de filiación, con la única finalidad de arribar al conocimiento biológico del propio origen⁴.

Asumir esta posición implica requerir la colaboración voluntaria del presunto progenitor para someterse a la pruebas biológicas, ya que sólo en este caso se va a posibilitar el acceso real al origen biológico. Porque ante

* Prof. Adj. Der. Familia y Sucesiones, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur. El presente trabajo es producto de discusiones y evaluaciones realizadas en el marco del Proyecto de Investigación en curso en la Universidad Nacional del Sur: "Problemas conceptuales del Derecho de Familia: interés del menor y adjudicación de derechos".

¹ GROSSMAN Cecilia "*El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia desarrollado en Mendoza, Argentina del 20 al 24 de septiembre de 1998, publicada en el Libro de Ponencias del Congreso.

² MIZRAHI Mauricio Luis "*Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica*" LL, 23-8-04.

³ Conf. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs.As., 1997. Comisión 1. Libro electrónico. Conclusiones: "A. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende la faz estática y la faz dinámica (despacho de la mayoría). B. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende solamente la faz dinámica (despacho de la minoría)".

⁴ CNCiv., sala J, julio 11 de 2000, LL 2001-C-761.

su negativa, indefectiblemente va a frustrarse dicho conocimiento, siendo en este caso intrascendente recurrir a la ficción de considerar esta actitud como un indicio contrario a la posición del renuente, pues justamente aquello que se persigue es la realidad biológica y no un emplazamiento filiatorio.

Es así que, ante la negativa, irremediablemente debería recurrirse - aún compulsivamente- a la toma de muestras de material genético, sin desconocer la tensión que esta posición genera entre los intereses en juego (derecho a conocer el origen biológico y derecho a la intimidad, a la integridad del progenitor biológico alegado).

Pero aún privilegiando el acceso al origen biológico, se continúan planteando serios interrogantes.

La mera constatación del origen biológico podría así no implicar el desplazamiento filiatorio, y es posible su utilización como pauta de asignación de deberes y no derechos a quien resulte ser progenitor. Es decir, que se organice un sistema asimétrico de asignación de responsabilidades derivadas de la procreación genética, sin que ello implique otorgar derechos, que puedan resultar lesivos al interés del niño involucrado.

Tal sistema desdoblado (filiación jurídica y origen biológico) asume la posibilidad de coexistencia de dos clases de “padres”⁵: aquel derivado de la posesión de estado, del vínculo filiatorio jurídico, de la realidad socio afectiva generada en torno al niño, y el progenitor, quien ha gestado y otorgado la carga genética que ese niño porta. Ambos aspectos dan contenido pleno al derecho a la identidad, superando toda dicotomía entre faz estática y dinámica.

Ahora bien, debería también establecerse en qué condiciones o bajo qué parámetros se ejercerá una u otra acción: aquella que sólo se utilice para constatar el origen biológico o una típica acción filiatoria.

Los efectos de una y otra son muy diferentes: la primera no provoca desplazamiento filiatorio mientras que sí lo hace la segunda. De allí entonces, ¿quién y cómo decidirá qué tipo de acción ejercer? ¿cuál de las dos contemplará el mejor interés del niño? Ciertamente, dependerá de las circunstancias de hecho que particularmente rodeen cada supuesto. Pero ¿es posible establecer pautas genéricas, a través de la determinación de la legitimación activa para el ejercicio de ambas acciones?

¿Y qué sucede con otros institutos, como la adopción o la fertilización asistida del tipo heterólogo?

El ejemplo más contundente de una filiación ajena al dato biológico pero jurídicamente equivalente es la filiación adoptiva.

En lo que a la adopción se refiere, se encuentran involucrados los siguientes artículos de la Convención de los Derechos del Niño: a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7); a preservar su identidad y las relaciones familiares (art. 8); el derecho del niño – que esté en condiciones

⁵ “Padre” en sentido genérico: masculino y femenino

de formarse un juicio propio- de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le concierne (art. 12); y que en la adopción la consideración primordial será “*el interés superior del niño*” (art. 21).⁶

Conforme lo establecido por el art. 327 del C. Civil el adoptado por adopción plena que no fue reconocido por sus padres biológicos no podrá ser posteriormente reconocido, ni podrá en principio el adoptado promover acciones de filiación respecto de aquellos.⁷

⁶ Art. 7: 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.* 2. *Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes a esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.*

Art. 8 : 1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.* 2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno 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..*

Art. 12: 1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del 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.* 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.*

Art. 21: *Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y;* a) *Velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiere, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;* b) *Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso que éste no puede ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;* c) *Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;* d) *Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar, que en el caso de adopción en otro país, la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella (denunciado por la Argentina por no receptor legislativamente la adopción internacional);* e) *Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.*

⁷ Art. 327 C. Civil: *Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323.*

Art. 323 C. Civil: *La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola*

El art. 328 del C. Civil consagra el derecho del adoptado de conocer su realidad biológica y a acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

Del contenido de estos dos artículos puede interpretarse que en la regulación de la adopción se ha diferenciado el conocimiento de la verdad biológica y el emplazamiento filiatorio. Por un lado ha consagrado el derecho del adoptado a conocer sus orígenes pero imposibilita –en el supuesto de la adopción plena- el ejercicio de las acciones judiciales tendientes al reconocimiento de esa filiación biológica, salvo para constatar la inexistencia de impedimento matrimonial.

Algunos autores han entendido que resulta injustificada la discriminación que por este artículo padece el adoptado plenamente respecto del que es objeto de adopción simple, ya que el art. 336 del Código Civil consagra expresamente la posibilidad del reconocimiento del adoptado por los padres biológicos después de la adopción simple, no encontrando razones por las cuales esta disposición no se aplique a la adopción plena, en cumplimiento con el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Han considerado que la ley de fondo se encuentra en contradicción con el derecho del niño a preservar y mantener su identidad, por lo que tales disposiciones de la ley de adopción podrían ser declaradas inconstitucionales. Han propiciado una interpretación derogatoria de la norma y consideran la posibilidad del reconocimiento espontáneo del hijo adoptado, como así también la realización de una acción meramente declarativa al sólo fin del conocimiento de la verdad biológica sin que tal declaración afecte el vínculo filiatorio adoptivo. Así, se ha propuesto una acción autónoma que permita constatar la realidad biológica sin provocar el emplazamiento filiatorio.

Estima Mizrahi⁸ que *“la determinación del origen del adoptado – tras el reconocimiento o la acción de filiación– en absoluto se dirigirá en esos supuestos al desplazamiento de un estado filiar. Con acierto se dijo que operará en un nivel superior, concerniente al derecho de todo individuo de conocer su verdad personal”*.

Por el contrario Zannoni entiende que si tales principios que impiden el reconocimiento y las acciones de filiación no existieran, *“los fines a los que responde la adopción plena podrían quedar gravemente comprometidos para lo futuro: conduciría a otorgar al adoptado una acción de revocación de la adopción plena para poder reclamar esa filiación en todo tiempo y, eventualmente, idéntica acción a los progenitores biológicos para poder*

excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (Ley 24.779)*, en Derecho de Familia Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N. 11, editorial Abeledo Perrot, 1997, pag. 44.

después reconocer a su hijo (arg. Art. 250, párrafo 2º, Cód. Civil, ley 23.264)⁹.

La misma apreciación realiza este autor respecto a los problemas que pueden suscitarse frente a la fecundación asistida, entendiéndose disvalioso otorgar al hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga de su madre con el consentimiento del marido, la acción de impugnación de la paternidad y la de reclamación de la filiación al dador del semen.

Tampoco considera la posibilidad de otorgar al hijo una acción meramente declarativa a los únicos fines de conocer la realidad biológica. Estima suficiente el deber jurídico que tienen los adoptantes en virtud del art. 328 del C. Civil de hacer conocer al adoptado su realidad biológica. Entiende que dicha acción *“no satisface ningún interés actual del adoptado y, por el contrario, puede introducir factores de perturbación de los vínculos creados en el seno de la familia adoptiva. Nótese que la Convención de los Derechos del Niño dispone que ningún niño debe ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y en su familia (art. 16º.1). Los corifeos de la “verdad biológica” pasan por alto que también debe respetarse el derecho del niño a no conocer su realidad biológica, a pesar de tener la posibilidad de investigarla. La admisión de un reconocimiento espontáneo de quien se dice progenitor biológico puede vulnerar ese derecho e implica, por su extemporaneidad, y aunque lo sea de un modo indirecto, una intromisión en la intimidad del niño”*¹⁰.

Zannoni advierte una colisión de intereses fundamentales en los supuestos de adopción plena: el derecho al conocimiento de la verdad biológica y por el otro el derecho a la intimidad del niño. *“Estamos persuadidos que la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la pone en relación con el auténtico interés superior del menor en cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias. La identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es un dato con contenidos axiológicos que deben ser alentados por el derecho, como tutela del interés superior del niño. No puede predicarse lo mismo (al menos apriorísticamente) del dato biológico determinado por la procreación biológica no reconocida”*.

Este autor ha interpretado que el dar preeminencia e importancia al conocimiento de la verdad biológica esconde un prejuicio ideológico contra la adopción plena y alerta en cuanto al grave peligro que esto puede acarrear al disuadir de adoptar a quienes están dispuestos a hacerlo frente al temor de ver invadida su intimidad por interferencias que la adopción plena ha intentado evitar.¹¹

⁹ ZANNONI, Eduardo A., *“Adopción plena y derecho a la identidad personal. La “verdad biológica”: ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?”*. LL 1998-C, pag. 1181.

¹⁰ ZANNONI, Eduardo A, op. cit., pag. 1183.

¹¹ ZANNONI, Eduardo A., op.cit, pag. 1183.

Por eso, sin perjuicio de destacar la importancia del derecho del niño de acceder oportunamente y no de cualquier manera al conocimiento de su realidad biológica, no le otorga acción alguna a esos fines.

En la misma línea Santos Cifuentes entiende que *“El simple o mero conocimiento sin otras consecuencias filiatorias y propias del estado civil, me parece reconocer unas facultades del sujeto puestas en el aire, que carecen de razón de ser jurídicamente verdadera. Quien desea conocer quiere que su conocimiento se proyecte en realidades, derechos, prerrogativas y obligaciones. ¿Puede acaso decir alguien “ahora se que este es mi progenitor pero no mi padre, puesto que por la adopción plena tengo otra filiación con vínculos parentales legalmente determinados? Este conocimiento no jugaría ningún papel relacional jurídicamente hablando, por lo que no puede generar un derecho, y por esa vía se metería una cuña peligrosísima en la familia y hasta cierto punto innecesaria”*.¹²

Como hemos visto, al adoptado plenamente no le es otorgada ninguna acción para constatar su origen biológico. Zannoni entiende que el ejercicio de una acción declarativa presupone para el actor el tener conocimiento de quién o quiénes serían sus progenitores biológicos. De allí que considera que no existe interés a satisfacer mediante una acción judicial que se agotaría en una declaración de certeza de algo que ya se conoce.

Pero el adoptado presumirá en base a ciertos datos que determinada persona es su progenitor biológico. Si el supuesto progenitor no contribuye voluntariamente a la realización de pruebas biológicas que comprueben la hipótesis, carece en absoluto de una acción judicial que le permita intentar conocer su realidad genética.

Y ello implica un trato discriminatorio: al adoptado en forma plena se le ha vedado el ejercicio de acciones filiatorias. Pero ¿también se le impide ejercer una acción meramente declarativa, al solo efecto de verificar su origen biológico?

Conclusiones

Podemos enunciar como premisa subyacente que contempla el interés del menor el conocimiento de su realidad biológica. Ello surge del juego de los arts. 3, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 321 inc. h) y 328 del Código Civil –relativos a la adopción- y la normativa referida a la filiación, normas estas últimas que revalorizan el criterio biológico a través de un plexo de disposiciones tendientes a obtener la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos que de ella emergen. Dicho principio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia

¹² CIFUENTES, Santos *“El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”*, LL. Diario 14-6-01, pags. 4 a5

de la Nación y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, conforme lo analizamos precedentemente¹³.

No obstante, ello no implica que la pauta determinante de la asignación de la filiación que mejor contemple el interés del menor sea siempre y necesariamente dicha realidad biológica.

Es así que resulta necesario otorgar –tanto en los supuestos de adopción plena o en aquellos casos en que la filiación asignada sea la más conveniente al interés del niño- una acción meramente declarativa a los efectos de constatar el origen biológico. Dicha acción carece de efectos de emplazamiento de estado filial y requiere, en caso de ser necesario, la toma compulsiva de muestra del padre alegado.

Ponencia “*Filiación y origen biológico*” presentada y debatida en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 23 al 25 de junio de 2005. Publicada en cd.

¹³ DUPRAT, Carolina, PELLEGRINI María Victoria y MARENONI Patricia “*Incidencia del derecho a la identidad y el interés del menor en la filiación*”, en Derecho y realidad social, Glosas de Cultura Democrática 2, Ed. Instituto Electoral Veracruzano, México, septiembre 2003, pag. 101