

LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LA FAMILIA

Graciela MEDINA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Variación en el concepto de familia*. III. *La nueva actitud frente a la cohabitación fuera del matrimonio*. IV. *Las uniones de hecho homosexuales*. V. *El derecho de filiación*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo expone las evoluciones más significativas sufridas en el derecho de familia a nivel mundial en los últimos 20 años del siglo pasado y en los tres primeros años del siglo XXI, con el ánimo de describir *la situación jurídica actual de la familia*, y de dejar planteados los nuevos problemas que requieren de respuestas jurídicas.

En la ponencia haremos mención a diferentes legislaciones porque consideramos que el derecho vigente en cierto territorio o con referencia a determinadas personas o relaciones nunca nace aisladamente en la mente de un legislador o en la praxis de los actores locales, sino que representa el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios. En consecuencia, bastante a menudo, un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico no es en realidad posible de conseguir sin el conocimiento de todo lo sucedido en otra parte, aunque no todo lo sucedido en otra parte presenta igual grado de interés para el conocimiento del derecho vigente en el ámbito del ordenamiento de referencia.¹

* Argentina.

¹ Pizzorusso, Alessandro, Curso de derecho comparado, trad. de Juana Bignozzi, España, 1987.

Señalamos que nuestro enfoque del derecho comparado no se limitará a la legislación, sino que atenderá, muy especialmente, a la jurisprudencia elaborada tanto en países de derecho continental como en los países del *case law*, porque es que si bien la familia y las normas que la ordenan tienen menos tendencia a la universalidad que otras instituciones del derecho privado, la globalización de las costumbres, la inmediatez y proximidad que producen las comunicaciones, la semejanza de hábitos sociales y la pertenencia a una idea común de “derecho”, hacen previsible que exista unidad en los grandes problemas que presenta el derecho de familia en los distintos sistemas jurídicos, y similitud en las soluciones cuando se refiere a problemas relacionados con derechos humanos reconocidos en convenciones universalmente aceptadas, por ello, en la presente vamos a reseñar la solución que a ciertos conflictos le ha dado la Corte de Derechos Humanos de la Unión Europea, y algunos superiores tribunales como la Suprema Corte alemana y el Tribunal Constitucional español.

En los últimos *cinuenta años del siglo pasado* las reformas del derecho de familia tuvieron como designios centrales: establecer la igualdad jurídica de los cónyuges y de los hijos cualquiera que fuera su origen, permitir la libre investigación de la paternidad, regular las técnicas de fecundación asistida, facilitar el divorcio remedio y permitir nuevas formas de autotutela; “con ello podía pensarse que se disponía de un derecho de familia acorde con la historia, que se podía seguir viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo”.²

Pero ello no fue así, las uniones fuera del matrimonio —sobre todo las de personas del mismo sexo—, el divorcio entre la filiación legal y la biológica, el derecho a la identidad y a conocer los orígenes, y los problemas de la ancianidad, enfrentan al derecho a nuevos desafíos.

Hoy creemos que los retos de los juristas se centran en: *a)* determinar el concepto de familia adecuándolo a la realidad sociológica; *b)* encontrar soluciones para las uniones de hecho fuera del matrimonio, fundamentalmente dar respuesta a las uniones homosexuales que requieren nuevas precisiones, plantean problemas judiciales, y reclaman definiciones

² Diez Picazo, Luis, “Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia, notas para un debate posible”, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza, Argentina, Rubinzal y Culzoni, septiembre de 1998, p. 19.

legislativas; *c*) dar respuestas equilibradas a los problemas que plantean la disociación de la filiación biológica con la filiación real, y *d*) incorporar normas eficientes que solucionen las cuestiones de la ancianidad.

II. VARIACIÓN EN EL CONCEPTO DE FAMILIA

El concepto de familia tradicional estaba vinculado al matrimonio y a las relaciones parentales.³

En la actualidad se advierte una evolución del concepto de familia que ya no se considera integrada únicamente por los parientes y los cónyuges, sino que abarca otras formas de relaciones humanas donde sus miembros se encuentran unidos por lazos de afecto, respeto, convivencia y solidaridad.

Modernamente se ha sostenido que:

- “Las definiciones de lo que sea una familia basadas sólo en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole —razón por la cual sería imposible aplicar el concepto a las uniones de hecho homosexuales—, dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares”.
- “La familia es principalmente *convivencia* orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familia, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno”.⁴

También se ha dicho que “la familia de hoy emana de una pareja permanente, estable, comprometida, de unión voluntaria y amorosa, que cumpla con la función de proteger a sus componentes y los transforme

³ Belluscio, César Augusto, Manual de derecho de familia, Depalma, t. I y II, p. 5.

⁴ Del fallo de primera instancia, Juzgado Civil de Mendoza núm. 10, 20/10/98, A. A. Información sumaria, con comentario crítico de Arbones, Mariano, “Homosexualidad discriminación y derecho”, Semanario Jurídico, 1998-B, p. 706.

en una sola entidad solidaria para sus tratos con la sociedad. Esta función protectora es derivada del valor unitivo reconocido al amor por la filosofía y la preceptiva religiosa de este siglo”.⁵

En la exposición de motivos de la Proposición de Ley de Medidas para la Igualdad Jurídica de las Parejas de Hechos⁶ de España, se lee lo siguiente: “El artículo 39 de la Constitución española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesario una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona”.

En este contexto, la libertad significa permitir que los individuos puedan optar para formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad.

En un fallo dictado en marzo de 1999, la Corte Civil de Nueva York, enumera cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas, a saber:

1. La longevidad de la relación;
2. El compartir los gastos hogareños y otras expensas;
3. El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales, o reales o tarjetas de crédito;
4. El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal;
5. El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
6. El hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad.⁷

⁵ Exposición de motivo de la Ley de Partenariato, presentado por la CHA.

⁶ Proposición de Ley de Medidas para la Igualdad Jurídica de las Parejas de Hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, iniciativa por Cataluña y publicada en la *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1998, núm. 12, pp. 359 y ss.

⁷ *Adler vs. Harris*, New York City Civil CT, marzo 24 de 1999. Adler inició un procedimiento para recuperar la posesión de un departamento, ubicado en el estado de Nueva

De todo lo expuesto podemos concluir que el concepto de la familia en la actualidad no puede ser restringido al grupo humano que tiene en común vínculos parentales o matrimoniales, dado que ello excluiría la familia extramatrimonial sin hijos, es decir, la relación concubinaria heterosexual sin descendientes, lo que constituye un despropósito porque la relación concubinaria desde hace largo tiempo ha sido aceptada como familia extramatrimonial, tanto jurisprudencial como legislativamente.

El reconocimiento de una familia extramatrimonial aún sin descendencia resulta claramente receptada en las leyes de pensiones, de obras sociales y de locaciones urbanas, con diversa intensidad en todos los países del mundo.

En definitiva, en las sociedades pluralistas y democráticas coexisten diversos modelos de familias, dentro del mismo ámbito jurídico. Así, además de la familia nuclear formada por los padres y los hijos se encuentra la familia extramatrimonial concubinaria, la familia ensamblada,⁸ y la familia extramatrimonial.

York. Adler afirmaba que la demandada había tomado la posesión del inmueble con la autorización de la inquilina controlante, Nell Blaine, pero que ese permiso había desaparecido con la muerte de la señora Blaine. La señora. Harris había sido la pareja de la causante desde 1965 y compartía con ella el departamento desde 1967. Es por ello, que respondió la demanda señalando que habiendo sido la “compañera de vida” de Nell, y habiendo convivido en su departamento durante treinta años, ella tenía derecho a continuar la locación de la difunta. En aval de su postura citó el artículo 9o., sección 2204.6 del Código de Locaciones, Rentas y Desalojos, el que establece que: “Ningún miembro de la familia del locatario puede ser desalojado si el inquilino ha alquilado la vivienda de manera continua y ese familiar ha residido en ella por lo menos durante dos años inmediatamente anteriores a la muerte del locatario o la ausencia prolongada del mismo”.

La Corte Civil resaltó que, tradicionalmente, los derechos a continuar en la locación estaban limitados para los familiares más inmediatos. Sin embargo, luego de *Braschi vs. Stahl*, las regulaciones fueron enmendadas de manera tal que hicieran extensivo esos derechos a miembros familiares “no convencionales”. Los miembros familiares no convencionales son definidos en la nueva redacción como “cualquier otra persona que resida con el locatario como un locatario primario, que puede probar que entre él o ella y el locatario existe una interdependencia y un compromiso emocional y económico.

⁸ La familia ensamblada es una estructura familiar que se origina a partir de una pareja, en la cual uno o ambos de sus miembros tienen hijos de una relación anterior. Esta definición comprende tanto a las parejas constituidas a partir de un matrimonio como de una unión de hecho, e incluye al grupo familiar formado por el progenitor a cargo de sus hijos biológicos, así como al conformado por el padre que no convive con sus hijos.

Conclusión

Las definiciones de familia basadas en el parentesco se encuentran superadas por la realidad y no comprenden todos los modelos de familia existentes en las sociedades democráticas y pluralistas

Hoy la familia no se limita a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto, y afecto, como las que se dan en los concubinatos, en las familias ensambladas y en las relaciones homosexuales estables.

III. LA NUEVA ACTITUD FRENTE A LA COHABITACIÓN FUERA DEL MATRIMONIO

El fenómeno de la cohabitación fuera del matrimonio legal no pertenece exclusivamente a nuestra época y no es la primera vez que se trata de darle soluciones.

En el transcurso de los siglos el punto de vista del legislador, de los tribunales y de la consideración social, ha variado con respecto a este fenómeno. Así, se ha pasado de perseguir penalmente —en una actitud de ignorancia⁹— a las personas que vivían irregularmente, hasta llegar a la situación actual donde en la mayoría de los países se constata una tasa creciente de personas que mantienen uniones de hecho estables y que exigen un tratamiento jurídico igual a los casados o al menos un cierto reconocimiento oficial de esta situación para obtener efectos de derecho civil social o fiscal.

Se puede afirmar que existe consenso en el reconocimiento de la existencia de una familia a partir de una unión fuera del matrimonio. A partir de este punto en común se generan las grandes cuestiones, las cuales son: ¿qué condiciones se les debe exigir a las uniones de hecho para otorgarle efectos?, ¿a qué reglas los cohabitantes deben someterse?, ¿cuáles son los límites de la autonomía de la voluntad para establecer voluntariamente el régimen que los regula?, ¿la ley o la jurisprudencia deben reconocer igual régimen al matrimonio que a la unión libre u otorgarle diferente régimen?, ¿se debe dar un tratamiento preferencial al matrimonio

⁹ Es bien conocida la opinión de Napoleón al momento de la redacción del Código Civil francés al decir: “les concubins se passent de la loi, la loi se dessintere d’eux”.

que a la unión libre?, ¿se debe conservar el nombre matrimonio o este debe desaparecer frente a la privatización de la familia?

La intensificación de las uniones de hecho se agudizó a fines del siglo XX, y un gran número de países dieron respuestas legislativas o jurisprudenciales a las cuestiones jurídicas que suscita el concubinato.

En las respuestas dadas por la legislación y la jurisprudencia hay un solo punto común a todos los ordenamientos, cuál es la igualdad de derechos de los hijos nacidos matrimoniales y extramatrimoniales. Ello hace que podamos enunciar que constituye *un principio de derecho universalmente aceptado* el principio de igualdad a ultranza entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; “con respecto a los hijos no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”.¹⁰

En cambio, no existe una respuesta unívoca con relación al nivel o estándar de protección que los Estados dan a las diferentes uniones convivenciales.

Hay países que a nivel constitucional establecen una igualdad absoluta entre concubinato y matrimonio, como es el caso de Venezuela. El artículo 77 de la Constitución de Venezuela de 1999, describe al matrimonio como la unión celebrada entre un hombre y una mujer, basada sobre el libre consentimiento y la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges. Simultáneamente, ella declara que las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer producen los mismos efectos que el matrimonio.

Mientras que, por el contrario, otros sistemas jurídicos como el español o el argentino si bien reconocen las uniones de hecho no otorgan a ellas iguales privilegios que a las parejas matrimoniales.

Roca Trías estima pertinente distinguir dos tipos de relaciones familiares: de un lado, las “verticales o jerárquicas”; de otro, las “horizontales o igualitarias”. Afirma la autora que “la filiación y las relaciones de pareja están sometidas a regulaciones distintas o con distintas finalidades: en materia de filiación, rige el principio absoluto de la igualdad (artículo 14 de la CE y de protección del interés del más débil), y en materia de pareja, rige un principio de libertad, con regulaciones diversas”.¹¹

¹⁰ Bianca, Cesare Massimo, “Dove va il diritto di famiglia?”, *Familia, Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, Italia, Giuffrè, enero-marzo de 2001, p. 3.

¹¹ Roca Trias, Encarna, *Familia, familias y derecho de la familia*, Madrid, 1997, pp. 1077 y 1078.

Según Lacruz Berdejo, “el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto, como lo es su estatuto legal, con el solo límite de la equiparación entre los hijos, cuya condición matrimonial o no matrimonial no podría ser determinante de un nivel distinto de tutela. Salvo esto, la existencia o no de matrimonio, al someter a la pareja conviviente a estatutos dispares, puede justificar que las prestaciones, las ayudas y los estímulos sean igualmente diversos, siempre en ventaja de la relación conyugal”.¹²

Siguiendo el criterio de la doctrina antes señalada, el Tribunal Constitucional español resolvió un recurso de amparo en contra de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, relativo al derecho de pensión del conviviente homosexual.

La pretensión del homosexual fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por no existir el vínculo conyugal con el causante exigido por la Ley General de la Seguridad Social.

El recurso de amparo se basaba en un doble fundamento:

- Por un lado se decía que la equiparación entre las uniones de hecho homosexuales y las heterosexuales en relación con la pensión era discriminatoria. El recurrente señalaba que la jurisprudencia denegatoria del derecho a pensión para los concubinos se basaba en que los concubinos pudiendo haberse casado no lo habían hecho. El actor manifestó que en su caso no se casó por existir una imposibilidad legal para que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, por lo tanto, argumentó que no se le podían aplicar las soluciones dadas para aquellas personas que pudiendo casarse no lo hicieron.
- Por otra parte, el actor invocó el principio del libre desarrollo de la personalidad en conexión con el derecho fundamental a la no discriminación, no ya por la negativa del derecho a recibir una pensión, sino por la negativa a permitir la celebración del matrimonio.

Frente a la consideración de que el tratamiento legal de las pensiones de viudedad previsto en el viejo artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social era inconstitucional (en cuanto subordinaba el derecho a la percepción de la pensión a la *conditio iuris* de matrimonio previo entre

¹² Lacruz Berdejo, *Familia y constitución*, p. 29.

el fallecido y el perceptor de aquélla), el Tribunal Constitucional afirmó que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente garantizada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (artículo 32.1) que genera *ope legis*, una pluralidad de derechos y deberes”.

Afirmada, pues, que la unión familiar fundada en el matrimonio y las “uniones homosexuales que conviven maritalmente” no son realidades equivalentes, concluyó que el tratamiento más favorable de la primera en materia de pensiones no vulneraba el artículo 14 de la Constitución española, al existir una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.¹³

Motivos por los cuales en definitiva se negó el derecho a pensión al conviviente supérstite homosexual, tal como siempre le ha denegado en España, el derecho a pensión a la conviviente heterosexual.

Lo que ocurre es que la unión matrimonial heterosexual es un valor positivo, en tanto y en cuanto existe un compromiso legal de asistencia, mientras que la unión de hecho es un valor neutro; una manifestación indiferente de la pareja que decide cohabitar según sus preferencias sexuales.

Conclusión

Constituye un principio universalmente aceptado en los países democráticos y pluralistas que las uniones de hecho extramatrimoniales deben ser respetadas y reconocidas por los ordenamientos jurídicos con base en los principios de libre desarrollo de la personalidad y de la igualdad.¹⁴

Es un principio jurídico homogéneamente aceptado en los diferentes sistemas jurídicos comparados, que los Estados deben brindar igual protección a los hijos de estas uniones, siendo contrario a los derechos humanos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, privilegiar los descendientes de las uniones matrimoniales frente a los de las uniones libres.

¹³ Verda y Beamonte, José Ramón de, “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, octubre de 1998, t. 10, pp. 683 y 685.

¹⁴ *Ibidem*, p. 731.

La mayoría de los países pertenecientes al sistema jurídico continental europeo no acuerdan igual grado de protección a las uniones libres que a las uniones matrimoniales, este diferente nivel de protección no aparece contrario a los tratados de derechos humanos en tanto y en cuanto se brinde un reconocimiento estatal que permita el libre desarrollo de la personalidad y la desigualdad no sea arbitraria.

El reconocimiento a nivel de principio del derecho a organizar libremente la convivencia de la pareja no obliga a los Estados a dar igual tutela jurídica a quienes organizan su convivencia en forma legal de quienes no lo hacen.

IV. LAS UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES

El problema más acuciante que se presenta frente al derecho de familia es el reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales. A fines del siglo XX y principios del XXI hemos advertido una evolución en todos los temas relativos a la homosexualidad.

Siendo en otros tiempos motivo de escándalo, vergüenza, ocultismo y burla, es hoy en día una cuestión más de nuestra sociedad que ha dejado de ser oculta para ser expuesta y exhibida desde los medios más restringidos del arte, la pintura y la escultura hasta los masivos como son el cine y la televisión, la música y la literatura.

La evolución se muestra cada vez más en nuestros días, advirtiéndose en la sociedad una participación más abierta y activa de los gays en donde actúan con mayor naturalidad y dan a conocer públicamente sus relaciones afectivas y su forma o estilo de vida.

Este cambio en la manera de visualizar la homosexualidad también se refleja en lo jurídico donde, lógicamente, se está produciendo un cambio de perspectiva.

No es que el operador jurídico haya necesitado veintiún siglos para darse cuenta que los homosexuales existían y que, por lo tanto, eran sujetos de derecho, sino que durante veinte siglos la homosexualidad fue motivo de condena penal, y la única rama del derecho que se ocupaba de ellos era el derecho público en su faz represiva.¹⁵

¹⁵ Para una evolución de la consideración de la homosexualidad, véase Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a casarse*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2001, capítulo 1, pp. 13 y ss.

Las relaciones homosexuales eran condenadas y suprimidas, pero podemos decir que dentro del mundo occidental la condena represiva de la homosexualidad ya pertenece a un capítulo de la historia del derecho y esta falta de represión ha contribuido notablemente a la publicidad de las relaciones afectivas de personas del mismo sexo,¹⁶ pasando a ser ello un problema común a todas las ramas del derecho; lográndose así, particularmente en el mundo occidental, el reconocimiento de la pareja homosexual.

La unión homosexual plantea múltiples interrogantes al derecho público y al derecho privado, en este último, tanto en las relaciones entre las partes como en las relaciones frente a terceros que requieren solución. La gravedad del problema ha hecho que el Parlamento Europeo o más concretamente algunos de sus parlamentaristas hayan intentado en numerosas oportunidades que la Comisión o el Consejo se pronuncien sobre la necesidad de legislar uniformemente sobre las uniones homosexuales.

Uno de los fundamentos más importantes de tal petición radica en que algunos países de la comunidad, como Noruega, Suecia y Dinamarca, han legislado sobre las uniones homosexuales equiparándolas al matrimonio, mientras que en otros países no existe legislación alguna, e inclusive, en algunos, las tipifican como delito.

Tal diferencia normativa —según quienes solicitan la uniformidad legislativa— dificulta la libre circulación de personas y atenta contra el principio de la no discriminación.¹⁷

Hasta el momento, la Unión Europea carece de una directiva o de un reglamento que tienda a armonizar la situación de las parejas de hecho homosexuales. En 1994 se presentó un proyecto de directiva; su ponente fue la congresista Roth; el proyecto no fue aceptado como directiva —que resulta obligatoria para los Estados miembros—, pero fue aprobado como Informe del Parlamento Europeo sobre la Igualdad Jurídica de los Homosexuales en la Comunidad Económica Europea de fecha 26 de enero de 1994.¹⁸

¹⁶ Para ver un cuadro comparativo de la situación penal de la homosexualidad, véase Medina, Graciela, op. cit., nota anterior, pp. 51 y ss. Y *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, sección *Legislación y jurisprudencia de derecho comparado en persona, familia y sucesiones*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, núm. 20, p. 441.

¹⁷ Kees, Waaldijk, “La libre circulation des partenaires de même sexe”, en Borrillo, Daniel (coord.), *Homosexualité et droit*, Puf, Francia, 2003, pp. 205 y ss.

¹⁸ El Parlamento Europeo puede elaborar informes, resoluciones y recomendaciones, según el artículo 45 de su Reglamento interno.

El Informe fue aprobado por una mayoría relativa, dado que en la votación estaban presentes 275 parlamentaristas sobre un total de 518, de los cuales 158 votaron a favor, 98 en contra y 18 se abstuvieron.¹⁹

De este informe, creemos importante destacar algunos puntos de las peticiones, razón por la que lo transcribiremos.

PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO A LOS ESTADOS MIEMBROS CONTENIDAS EN EL INFORME

1. Pide a los Estados miembros que supriman todas las disposiciones jurídicas que discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

2. Pide que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.²⁰

3. Pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas de la seguridad social, en las prestaciones sociales, en la legislación relativa a la adopción, en el derecho sucesorio, en la legislación en materia de opinión, prensa información, ciencia y arte; además, pide a todos los Estados miembros que, en el futuro, respeten estos derechos a la libertad de opción.

4. Pide a los Estados miembros que prohíban las discriminaciones por razón de orientación sexual en todos los ámbitos sociales y que extiendan a las parejas homosexuales los regímenes jurídicos de que se benefician las parejas heterosexuales o creen regímenes sustitutivos equivalentes para las primeras.

5. Pide a la Comisión que presente una propuesta de directiva al Consejo relativa a la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual.

6. Señala que esta directiva debería considerar discriminatoria, entre otras conductas, las siguientes:

a) La denegación del derecho a la adopción o a la tutela.

b) La denegación a las parejas homosexuales de instituciones jurídicas sustitutivas del matrimonio o la exclusión de las parejas homosexuales de los regímenes jurídicos para parejas no casadas.

¹⁹ Para que se alcance el quórum en las votaciones es necesario que se encuentren presentes al menos un tercio de los miembros efectivos.

²⁰ El Código Penal de Grecia, en su artículo 347 establece que los homosexuales pueden ser perseguidos cuando exista la sospecha de seducción de un menor de quince o dieciséis años en la que se ha llevado el coito anal. Un informe sobre la situación mundial del derecho penal puede verse en, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, sección Legislación y jurisprudencia extranjera*, Santa Fe, Argentina, núm. 23, 2000.

c) La negativa a reconocer a los matrimonios de personas extranjeras del mismo sexo o las parejas registradas en el derecho privado internacional de los Estados miembros.²¹

Esta recomendación, aunque no tiene fuerza vinculante, tiene una importancia decisiva porque proviene del Parlamento Europeo, y demuestra el cambio de posición de Europa frente al problema homosexual.²²

El informe no ha sido aceptado en toda su extensión por los Estados miembros, sobre todo en lo que respecta al derecho a casarse y al derecho a la adopción, y se advierten diferentes formas de legislación que pueden ser clasificadas en:

1. Abstencionista.

2. Reguladora:

- Con posibilidad de contraer matrimonio.
- Con equiparación al matrimonio.
- Con negación de los efectos del matrimonio.
- Regulación específica de la unión de hecho: a) en forma independiente; b) en forma conjunta con el concubinato heterosexual; c) en forma estadual, y d) en forma nacional.

1. Legislaciones abstencionistas

Las legislaciones abstencionistas son aquellas en las que el legislador no ha tomado ninguna previsión con respecto a las uniones homosexuales, no las sanciona, pero tampoco se ocupa de regular sus consecuencias jurídicas.

Dentro de esta categoría se encuentran, en general, las legislaciones latinoamericanas; en estos países aún no existe un pronunciamiento legislativo sobre la amplia problemática que presentan las uniones homo-

²¹ Gutiérrez Díaz, Antonio, "El debate en el Parlamento Europeo. Antecedentes y situación actual en relación a los Estados miembros", *El derecho europeo ante la pareja de hechos*, Barcelona, Cedes, 1996, p. 203.

²² El texto de ella y un comentario puede ser consultado entre otros, en Ferrari da Pasano, Paolo, *Homosexualidad y derecho*, E.D.163-1995; y en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 13, anexo II, pp. 238 y 239; y en Salter Cid, Nuno de, *Direitos humanos e familia, quando os homossexuais querem casar*, separata de 1998, p. 203.

sexuales. Salvo en la Ciudad de Buenos Aires, donde rige la Ley 1004 sobre Unión Civil y el Decreto Reglamentario 556/03 del 15/5/03.

2. *Reguladoras*

Denominamos legislaciones reguladoras a aquellas que se han preocupado por reglar la situación de las uniones de hecho, de diferente manera a saber:

A. *Con autorización para contraer matrimonio*

El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La Ley conocida como Bill núm. 26672, en vigencia a partir de enero de 2001 refiere: las parejas homosexuales podrán acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.

En diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento, también, promulgó la ley que permite la adopción por parejas homosexuales. La normativa prevé que las parejas del mismo sexo que hayan cohabitado por más de tres años podrán adoptar bajo las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Para hacerlo no es necesario que la pareja se encuentre casada o registrada.

Alguna de las consecuencias de las posibilidades de adopción por el compañero homosexual es que como un menor no puede tener más de 2 padres oficiales, si un niño es adoptado por la pareja mujer de su madre, el menor ya no podría ser reconocido por su padre natural. Asimismo, la paternidad ya no puede determinarse judicialmente.

La ley sólo es aplicable a la adopción dentro de Holanda. En lo que concierne a los niños extranjeros, la situación no se ha modificado, es decir, que la adopción en estos casos sólo podrá ser solicitada por parejas heterosexuales.

De todas maneras, se teme que la adopción por homosexuales en Holanda no sea reconocida en el extranjero, atento a que esta clase de adopción no fue incluida en la Convención de La Haya sobre Adopción de 1993.

B. *Con equiparación al matrimonio*

Algunas legislaciones han equiparado “las uniones homosexuales registradas” al matrimonio. En algunos casos en forma integral, en otros impidiendo el acceso de las uniones homosexuales a la adopción y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, que le son negadas a las primeras.

En principio, estos sistemas reservan la denominación matrimonio para las uniones heterosexuales y a los homosexuales se les permite contraer “uniones registradas” o “uniones civiles” que tienen —en general— iguales efectos que el matrimonio.

Siguen este sistema, entre otros, los siguientes Estados: Suecia, Ley de Registro de la Pareja de Hecho (23 de junio de 1994);²³ Noruega, Ley sobre Registro de Parejas;²⁴ Dinamarca, Ley danesa sobre el Registro de las Parejas (7 de junio de 1989);²⁵ Vermont, 2000; Nueva Zelanda, 21/11/00; Nueva Escocia, 30/11/00; Ley Canaria de Uniones de Hecho núm. 5 del 14/4/03; Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura del 20/3/03; Ley de Unión Civil de Québec.

Desde la óptica de la técnica legislativa, ésta es la forma más simple, ya que como el régimen del matrimonio goza de un estatuto completo, basta con la remisión a éste para solucionar la mayor cantidad de problemas que se pueden presentar, y en aquellos supuestos donde la voluntad legislativa no se inclina por la equiparación (como en la adopción y en las técnicas de fecundación humana asistida), se excluye la aplicación de las normas del matrimonio. Como vemos, el método es de una gran simplicidad, al menos formal.

C. *Con negación expresa de toda equiparación al matrimonio*

Algunas legislaciones, como la federal de los Estados Unidos de América, se encargan de regular sobre las uniones homosexuales para denegarles el estatus matrimonial, y privarles de toda equiparación con éste.

²³ La ley se puede consultar en español, “El derecho europeo ante la pareja de hecho”, Seminario organizado por la Fundación Olof Palme, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 293 y 294.

²⁴ *Ibidem*, pp. 297-299

²⁵ *Ibidem*, p. 302.

En los Estados Unidos de América tiene gran importancia la Ley de Defensa del Matrimonio del 12 de julio de 1996, dictada por una amplísima mayoría de votos (342 contra 67 en la Cámara de Diputados y 85 contra 14 en el Senado). En su segunda sección, esta norma establece: “Ningún Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligado a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu”. La posibilidad de rechazo se extiende, incluso, a “cualquier derecho o demanda surgida de una relación de ese género”.²⁶

La importancia de la citada norma radica en que se trata de una ley federal; al respecto, cabe recordar que, en Estados Unidos, el matrimonio no es una cuestión federal, sino que cada Estado lo regula en forma independiente, de allí que puedan haber Estados que reconozcan el matrimonio entre homosexuales. Pero a partir de la Ley de Defensa del Matrimonio, ningún Estado está obligado a reconocer como matrimonio a las uniones concubinarias del mismo sexo, aun cuando otro Estado así lo hubiera hecho.

D. Regulación específica de la unión de hecho homosexual

Algunos Estados han optado por legislar especialmente sobre las uniones de hecho homosexuales en forma independiente del matrimonio, y aclaran específicamente, que no se aplica el estatuto matrimonial ni genera relaciones de parentesco.

Esta clasificación admite una subclasificación, a saber:

- Legislaciones que regulan las uniones homosexuales, en forma independiente.
- Legislaciones que regulan las uniones homosexuales, en forma conjunta con el concubinato heterosexual.

Entre las primeras se encuentra la Ley de Parejas de Cataluña, sancionada el 11 de junio de 1998. Esta Ley contiene dos capítulos: el primero

²⁶ Una acerva crítica a esta ley puede consultarse en Strasser, Mark, *Same Sex Marriage and the Constitution*, cap. VI: *The Defense of Marriage act*, pp. 127 y ss. *Id.*, *Legally wed, Same-Sex, Marriage and the Constitution*, Londres, Cornell University Press, 1997.

es sobre las parejas de hecho heterosexuales, y el segundo regula a la unión estable homosexual en forma independiente.

Entre las que regulan las uniones homosexuales en forma conjunta con el concubinato heterosexual se encuentran la Ley de Aragón y la Ley francesa de PAC, pero en lo que respecta a la adopción y a las técnicas de legislación humana asistida existen diferencias, puesto que no se concede a las uniones homosexuales el derecho de adoptar, ni el de ser beneficiarios de los procedimientos de las técnicas de legislación humana asistida.²⁷

3. *La situación argentina*

En Argentina, se ha dictado en la Ciudad de Buenos Aires, la Ley de Uniones Civiles que permite a las parejas del mismo sexo inscribirse en un registro publico de uniones civiles que funciona en el ámbito del registro civil y capacidad de las personas, y otorga a los miembros de la unión iguales derechos que a las personas casadas dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otra parte, jurisprudencialmente se ha admitido que los miembros de una unión homosexual gozan de los beneficios que la seguridad social otorga a las parejas de diferente sexo, y doctrinariamente se admite la continuidad de la locación por el conviviente homosexual y se aplica a la disolución de la unión homosexual los mismos principios jurisprudenciales que para la disolución del concubinato heterosexual.²⁸

La cuestión fundamental es la pretensión de los homosexuales de reconocimiento jurídico de su unión convivencial, reconocimiento que es innegable en todo aquello que hace al derecho a la salud, a la seguridad social y a la no discriminación.

La unión homosexual plantea múltiples interrogantes al derecho público y al derecho privado, en este último tanto en las relaciones entre las partes como en las relaciones frente a terceros.

²⁷ Una reseña de esta ley de nuestra autoría puede consultarse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Argentina, núm. 20, 1999, p. 441.

²⁸ Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, junio de 2001; *Uniones de hecho homosexuales*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, diciembre de 2001; “Las uniones de hecho homosexuales frente al derecho argentino”, *Revista de Derecho Comparado*, núm. 4; y *Uniones entre personas del mismo sexo*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, noviembre de 2001, p. 87.

El objetivo del presente trabajo es visualizar cuáles son los problemas que las uniones homosexuales plantean al derecho público y privado; y concluir si esa unión constituye una familia.

La cuestión fundamental es la pretensión de los homosexuales de reconocimiento jurídico de su unión convivencial.

La problemática sería muy sencilla de solucionar si se les otorga el derecho a casarse, ya que se le aplicaría a la pareja del mismo sexo que se casa el estatuto matrimonial y con ello se solucionaría la cuestión.

En otra obra anterior, *Los homosexuales y el derecho a casarse*, hemos analizado el derecho a casarse de los homosexuales y hemos concluido que no es inconstitucional la legislación argentina en tanto reserva el derecho matrimonial a las parejas heterosexuales.²⁹

Advertimos que la negativa del derecho a casarse a las personas del mismo sexo, no soluciona nada en la práctica, sólo constituye una cuestión de principios, importante, pero que nos deja sin respuesta a la enorme cantidad de problemas que las uniones convivenciales de personas del mismo sexo plantean y que vamos a tratar de describir:

En el ámbito del derecho público las uniones homosexuales plantean problemas específicos en el área de la seguridad social, particularmente, en lo que hace a la salud y al régimen de pensiones y jubilaciones. La cuestión radica en determinar si se le extiende al conviviente del mismo sexo la cobertura de salud de su compañero así como el régimen de pensiones y jubilaciones.

No desconocemos que en el área del derecho público los conflictos no se limitan a la seguridad social, sino que se extienden al área penitenciaria, donde surgen numerosos problemas como lo son el lugar de alojamiento de los homosexuales y el acceso al régimen de visitas carcelarias de la pareja homosexual, pero la especificidad de la temática requiere de conocimientos específicos en el área del derecho penal que no nos son propios y por ende no abordaremos en el presente el delicadísimo tema carcelario.

En el ámbito del derecho procesal la cuestión estriba fundamentalmente en precisar la competencia del tribunal que atenderá las cuestiones relativas a las uniones homosexuales, ello implica determinar si son competentes los jueces de familia o los jueces patrimoniales para entender los conflictos que se generen entre los convivientes homosexuales, por ejemplo, los reclamos alimentarios o las cuestiones a la disolución de la unión.

²⁹ Medina, Graciela, *op. cit.*, nota 15.

En el derecho brasileño la reticencia a identificar los vínculos entre personas del mismo sexo como una entidad familiar remitía a las demandas relacionadas con dichas formas de relación a la jurisdicción civil y no a la jurisdicción de derecho de familia. Una decisión pionera de la justicia de Río Grande do Sul, de junio de 1999, fijó la competencia de los juzgados de familia para juzgar la acción derivada de la relación homosexual (AI núm. 599.0750496), dando el primer paso para otorgarle a la unión homosexual el estatus de familia.

A partir de esta postura jurisprudencial, al menos en ese Estado de la federación brasileña, todas las acciones relacionadas con relaciones entre personas del mismo sexo se transfirieron de la jurisdicción civil a los juzgados de familia. Así mismo, se atribuyó a las Cámaras de Familia del Tribunal de Justicia la competencia para juzgar los respectivos recursos. Hay que destacar que este es el único Estado cuyas Salas están especializadas, con competencias definidas por materias. Este motivo, ciertamente es el que ha llevado a la justicia carioca a ser considerada la que más avances ha venido introduciendo en el derecho de familia de un modo general, y particularmente en las cuestiones que envuelven a los pares del mismo sexo.³⁰

En el derecho privado las uniones homosexuales plantean cuestiones frente a los terceros ajenos a la pareja y entre sus miembros

Frente a los terceros, los problemas se generan en el derecho a continuar la locación, el acceso a las técnicas de fecundación asistida, el derecho de adopción y la responsabilidad por daños derivados de la muerte del compañero homosexual.

Entre los miembros de la unión se plantean problemas como el derecho de alimentos, el derecho sucesorio y la forma de liquidar los bienes a la disolución de la unión homosexual.

4. Conclusiones

1. El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones de hecho homosexuales.

³⁰ *Uniones homoafectivas*, la autora es miembro del Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-Brasil. También es vicepresidente del Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Autora del libro *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. www.mariaberenicedias.com.br.

2. Las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda constitución democrática obliga a su respeto

3. La posición del derecho frente a las uniones que tienen como base la cohabitación homosexual pública y estable debe ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

- a. Respeto: El respeto a la libre determinación y a la vida privada de los hombres hace necesario que las uniones homosexuales no sean perseguidas penalmente ni discriminadas arbitrariamente.
- b. Reconocimiento: El derecho debe reconocer la existencia de uniones homosexuales y, en consecuencia, concederles efectos jurídicos, en algunas áreas sobre la base del derecho a la orientación sexual internacionalmente propugnado.
- c. Diferenciación. Las uniones homosexuales son diferentes a las uniones heterosexuales y esta natural distinción justifica que la posición del orden jurídico sea diferente. El Estado puede priorizar una unión sobre otra, teniendo en cuenta el valor que se le asigna. Así la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual tiene fundamentos razonables que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria.

4. En un verdadero sistema pluralista no basta con declarar que existe el derecho a la libre orientación sexual, sino que se requiere que aquel que libremente ha elegido un compañero de su mismo sexo para compartir la vida, pueda beneficiarlo con su sistema de salud.

5. La orientación sexual no puede ser un impedimento ni una imposibilidad para acceder a los beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que tienen las parejas heterosexuales.

6. La denegatoria de la aplicación de las leyes de obras sociales o de pensiones y jubilaciones al conviviente homosexual implica una discriminación arbitraria en relación de la preferencia sexual.

7. La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo, vulnera el derecho a la salud de contenido constitucional.

8. El no otorgamiento de los beneficios de la obra social a las parejas homosexuales es contrario al pluralismo y carece de una finalidad razonable que lo justifique.

V. EL DERECHO DE FILIACIÓN

La primera revolución dentro del derecho de la filiación tuvo lugar dentro de la mayoría de los países occidentales después de la Segunda Guerra Mundial, y condujo a introducir dentro de los códigos civiles o dentro de la jurisprudencia el principio de la unidad de filiación y de igualdad de efectos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Hoy, uno de los problemas más difíciles de solucionar es el alcance a dar al derecho a conocer la identidad biológica cuando ha mediado una adopción plena o fecundación asistida.

En el derecho continental europeo resulta indiscutible el derecho del adoptado de conocer su identidad biológica, ya que tal facultad está expresamente prevista por las convenciones internacionales.

El hecho de que exista una previsión legislativa internacional expresa no soluciona todos los problemas que existen con relación al conocimiento de los orígenes de una persona; ellos son múltiples y de muy difícil conciliación:

Entre las cuestiones a resolver cabe resaltar dos: *a)* Determinar si existe el derecho a negarse a conocer los orígenes, saber si es obligatorio para el adoptado integrado en su familiar el conocer el origen biológico. *b)* ¿Cómo establecer la realidad biológica cuando tras la adopción plena está prohibido el reconocimiento y también el ejercicio de las acciones de filiación?

Advertimos que la dificultad de la temática reside en que el conocimiento de la verdad biológica interesa no sólo a quien lo requiere, sino a terceras personas que pueden ver perturbada su intimidad por una verdad que sólo es biológica pero que no ha generado lazos de familia.

Así, por ejemplo, los abuelos de desaparecidos pueden querer saber la verdad sobre la identidad de sus nietos y estos pueden desear ignorarla y preservar su ámbito a la intimidad. Se advierte claramente la pugna de dos derechos de similar jerarquía y cuya resolución afecta la intimidad de un gran número de personas.

Conflicto semejante se presenta cuando la persona adoptada, plenamente quiere, a su mayoría de edad, conocer su identidad de origen; requiere ejercer acciones que le son jurídicamente negadas, y cuyo resultado, de ser positivo, va influir en la intimidad de un grupo de personas no unidos por vínculos familiares, sino sólo por nexos biológicos. La paz, tranquilidad y vida familiar de distintas personas que comparten só-

lo una información genética en común, se verá vulnerada en cualquier solución que se adopte.

A fin de traer luz sobre este difícil conflicto nos parece oportuno analizar el último fallo dictado por la Corte de Derechos Humanos de Europa, el precedente Odièvre del 3 de marzo de 2003, que aporta interpretaciones que pueden ser de utilidad a la resolución del tema que preocupa.

En este precedente la Corte de Derechos Humanos de Europa consideró que el derecho a conocer los orígenes se satisface con el conocimiento de los orígenes biológicos y los motivos que llevaron a la entrega en adopción siendo innecesario para el adoptado conocer la identidad real de su padre biológico.

Consideramos que esta solución logra mantener un equilibrio entre el derecho a conocer la identidad de las personas adoptadas o nacidas por técnicas de fecundación asistida y el derecho a la privacidad del progenitor que entrega al niño en adopción o el del donante anónimo del óvulo o del esperma.

Entendemos que el equilibrio se logra porque la persona que busca conocer sus orígenes conoce: los motivos de su abandono o de la entrega del material reproductivo, los datos biológicos de su familia biológica y la estructura de su familia biológica.

Su derecho a la identidad se ve satisfecho de esta manera, porque no existe ningún derecho —deber jurídico— de ser querido por la familia biológica ni por el dador anónimo del esperma.

Por otra parte, se preserva la intimidad de todo un grupo familiar, el de la madre y el padre, que se desinteresaron totalmente del ser que dieron a luz y han construido una vida familiar, de la cual, la niña abandonada o concebida mediante técnicas de fecundación asistida, no forma parte.

En Argentina, la maternidad se establece por el hecho del parto, y en la Ley de Adopción (Adla, LVII-B, 1334), se prevé expresamente el conocimiento de la verdad por parte del adoptado. Sin embargo, estas dos respuestas no solucionan todos los problemas que se originan en torno al derecho de la identidad, el derecho a conocer su historia y el derecho a la intimidad.

El primer problema se presenta cuando el adoptado es un menor de filiación no determinada, con respecto a alguno de sus progenitores o a ambos. La cuestión radica en precisar si después de la adopción plena el padre biológico puede intentar el reconocimiento o el hijo puede iniciar

las acciones de filiación contra sus padres genéticos. El interrogante no es novedoso y ha suscitado largas discusiones y marchas y contramarchas legislativas.

Dentro de la más pura lógica jurídica si la adopción plena confiere una filiación que sustituye a la de origen, es natural que no se permita ni el reconocimiento ni las acciones de filiación.

El reconocimiento no se permite, porque sólo es posible reconocer a quien no tenga una filiación acreditada y, además, porque la filiación adoptiva sustituye a la filiación de origen y las acciones de filiación se impiden por igual motivo.

Pero este fundamento pierde fuerza de convicción ante el reconocimiento en la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) de conocer su identidad biológica.

Ante lo expreso de esta norma, resulta necesario compatibilizar la prohibición que tiene el hijo de ejercer acciones de filiación y su derecho a conocer su identidad, ya que difícilmente pueda conocer su origen sin accionar contra los padres que no lo reconocieron.

En aras de compatibilizar las disposiciones de la Ley de Adopción con las normas operativas de la Convención sobre los Derechos del Niño, se han ensayado distintas soluciones, a saber: hay quienes dan una importancia fundamental al derecho a la identidad personal reconocido por la Convención y postulan que ninguna norma jurídica puede obstaculizar que la persona sea tenida por hijo legal de quien es hijo biológico (Bidart Campos).

Otro sector de la doctrina en cambio sostiene, que si bien la realidad biológica y la realidad legal deben coincidir “se ve con mayor favor el mantenimiento de la paz social o de la paz familiar que la protección de la realidad biológica” (Belluscio).

Creemos que el equilibrio se logra otorgando una acción de conocimiento de la realidad biológica como acción autónoma.

Entre los derechos del ser humano se encuentra el derecho a conocer su propia identidad, o el derecho a conocer su realidad biológica. Este derecho es independiente de las acciones de filiación y de las consecuencias que de éstas se deriven. Con el fin de proteger ese derecho imprescindible al ser humano de conocer la familia de origen genético, se debe reconocer la posibilidad de iniciar en forma autónoma e independiente la acción de filiación para conocer sus antecedentes genéticos.

No existe ningún obstáculo legal para el ejercicio judicial de la acción de conocimiento de la realidad biológica, ya que ello no se contradice con las leyes que prohíben el ejercicio de la acción de filiación y el reconocimiento. La acción de conocimiento de la realidad biológica no tiene como objeto el emplazamiento o el desplazamiento en un estado familiar, por lo que no puede ser considerada una acción de filiación, sino que tiene como objeto el conocimiento de la identidad personal, derecho este último de clara raigambre constitucional.

Es que, si no se admite el ejercicio de la acción en forma autónoma, difícilmente se vaya a poder conocer el origen biológico de la persona en los supuestos de filiación desconocida o en el supuesto de filiación conocida sólo de uno de los progenitores.

El desdoblamiento entre conocimiento de la realidad biológica y acción de filiación no es nuevo en el moderno derecho, ya que en las técnicas de procreación asistida heterólogas —realizadas con material genético de un tercero, por ejemplo, mediante la dación de espermatozoides— muchas legislaciones permiten el conocimiento del nexo biológico, sin que ello conlleve los derechos y deberes que devienen de la filiación. Y es la solución dada en la legislación francesa y aceptada por la Corte de Derechos Humanos de Europa en el Caso Odièvre.

Muchas veces, existen razones médicas que hacen imprescindible dicho conocimiento, ya que solamente mediante el conocimiento de las características hereditarias pueden combatirse, prevenirse o descartarse ciertas enfermedades.

En otros casos sólo existe interés de carácter moral o personal en ese conocimiento, que también es merecedor de protección.

En definitiva, creemos que este primer conflicto entre el derecho a conocer la identidad y la imposibilidad de acciones de filiación se soluciona, como en Francia, logrando el acceso al conocimiento de la realidad biológica y preservando la intimidad del otro grupo familiar afectado.

Otro de los problemas graves que enfrenta Argentina, es el caso de los hijos o nietos de desaparecidos, dados en adopciones legítimas que se niegan a conocer sus orígenes.

No mediando un delito y tratándose de una adopción realizada en legal forma, se enfrentan dos intereses en juego; el derecho a la privacidad del adoptado y de su grupo familiar, y el derecho a conocer la identidad de sus presuntos nietos biológicos. Dicho en otros términos, el

derecho a no conocer de los hijos adoptivos y el derecho de quienes perdieron a sus familiares en la guerra contra la guerrilla.

La cuestión no es sencilla de resolver, pero valga aclarar, que la Convención de los Derechos del Niño protege el derecho del niño a conocer su identidad y no el de los abuelos a conocer la identidad de sus nietos, máxime cuando éstos tienen derecho a la privacidad y al olvido.