



**UNIVERSIDAD ABIERTA
INTERAMERICANA**

El derecho a la verdadera filiación

TESISTA: Micaela Amado

TUTOR: Dr. Ricardo J. Dutto

TITULO A OBTENER: Abogada

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Rosario

MARZO- 2003

El derecho a la verdadera filiación

El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demandan que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado.

Entre los derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar el estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo.

Existieron juicios en el ámbito civil y penal con referencia a la identidad como consecuencia de la actitud de las Fuerzas Armadas de nuestro país, arrogándose el poderío y la impunidad del Estado absoluto, cometiendo delitos como secuestros, asesinatos y torturas. De este modo, en nombre de la seguridad nacional miles de seres humanos pasaron a integrar una categoría tétrica y fantasmal la de "desaparecidos".

En el trabajo se trata de dilucidar la problemática de qué valor tendrá la expresión de voluntad de ese adulto de someterse o no a las pruebas médicas, y de querer o no saber su verdad biológica. Con ello nos enfrentamos entonces con el orden público, que por un lado investiga la posibilidad de un delito, en el que se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho personalísimo de saber quién uno es. Entonces el dilema de fondo a resolver es hasta qué punto si puede el derecho a la verdad biológica transformarse en un deber.

Referente teórico

Todo niño tiene derecho a conocer a su verdadero padre y a su madre, si ella todavía no es cierta. El derecho del niño prima sobre cualquier otra consideración. La filiación debe ser transparente y claramente establecida. Si la sociedad es responsable de todos los niños, la relación de su identidad deja de pertenecer exclusivamente a la esfera privada para socializarse más afuera del contexto familiar.

La dictadura militar que padeció la Argentina entre 1976 y 1983 implementó una metodología que consistió en el sistemático secuestro y desaparición forzada de personas.

“Desde el momento del secuestro la víctima perdía todos sus derechos, privada de toda comunicación con el mundo exterior, confinada en lugares desconocidos, sometida a suplicios infernales, susceptible de ser arrojada al río o al mar, o de ser reducida a cenizas, seres no sólo poseídos por esa infinita angustia y ese supremo pavor, sino, y quizás por eso mismo, guardando en algún rincón de su alma alguna descabellada esperanza.

Ignorantes de su futuro, esta ignorancia, no solo competía al secuestrado sino adquiere una particularidad en las mujeres embarazadas, las mismas eran tenidas en cautiverio hasta el momento del parto, posibilitando esto el secuestro de los bebés, los mismos pasaban en la mayoría de los casos a manos de sus captores, o eran entregados en adopción ilegal a familias, que conocían la procedencia de estos.

Las grandes calamidades son siempre aleccionadoras, y sin duda el más terrible drama que en toda su historia sufrió la Nación durante el período que duró la dictadura militar iniciada en marzo de 1976 servirá para hacernos comprender que únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror, que sólo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana”.¹

Uno de los elementos que más contribuyó a llevar adelante la difícil tarea de la búsqueda lo constituyó la actitud solidaria de la comunidad, que, espontáneamente, aportó y aún hoy continúa acercando datos sobre las personas buscadas.

La aplicación sistematizada de métodos de investigación, los avances científicos a través de las pericias genéticas en la determinación del ácido desoxirribonucleico (ADN), la prosecución de causas judiciales y la generación de jurisprudencia inédita, son también recursos insoslayables a la hora de cumplir con esta tarea.

Aún en forma ondulante, el Estado Nacional ha aportado elementos para la solución de este drama. La generación de espacios en organismos gubernamentales que contribuyen con herramientas eficaces (la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad), y la constitución del Banco Nacional de Datos Genéticos, son muestra de esto.

Por otra parte, la continuidad del ocultamiento; el encubrimiento, desde el espíritu de cuerpo, por parte de quienes tienen elementos concretos para solucionar en gran medida esta herida, sigue lacerando a la sociedad Argentina en su conjunto.

El paso del tiempo no hizo más que corroborar la continuidad de las consecuencias sobre una generación. Los ahora jóvenes sufren, más de veinte años después, la violación a su derecho a la identidad, a su historia, a su familia. En resumen, a su libertad.

Parte de una generación duda y cuestiona sus orígenes, investiga su nacimiento, su inscripción, su adopción si la hubo y se hace la recurrente pregunta: ¿No seré yo un hijo de desaparecidos?. El interrogante, que no admite respuestas a medias, de no ser resuelto, les impide su plena realización como seres humanos.

Cuando en 1983 se produce el retorno a la democracia en nuestro país, Abuelas de Plaza de Mayo, intensificó la lucha por la recuperación de cientos de niños. El aporte solidario de la comunidad, los testimonios de los sobrevivientes de los centros clandestinos de detención, la confirmación de datos y el estudio de los archivos de la ex Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

(CONADEP), permitieron concretar la localización de más de setenta niños. Algunos de ellos fueron encontrados con adoptantes de buena fe, otros, en poder de represores vinculados en forma directa o indirecta con el destino trágico de sus padres y, en otros casos, fueron localizados asesinados.

Situación de los desaparecidos en la comunidad

La restitución de los secuestrados hace necesario situarla, desde un comienzo, en el terreno que le corresponde: el de las garantías y derechos humanos, el derecho a la vida en dignidad, a no ser despojados jamás de su singularidad originaria, el derecho a la verdad de su propia historia, a crecer entre los suyos.

“La apropiación fue paradigma de horror y de intento de enajenación. Por ello, el sentido de la restitución trasciende, como respuesta, el marco de la justicia individual reparatoria del vejamen sufrido por los desaparecidos y sus familias.

Es difícil pensar que el punto más sensible y abierto al futuro del ser humano, su descendencia, haya sido utilizado como intento de extinción definitiva de la herencia biológica, psicológica e ideológica de las víctimas.

Los niños y bebés secuestrados y nacidos en cautiverio, fueron criminal y violentamente arrancados de los brazos de sus madres, padres, hermanos, abuelos y tíos y la mayoría continúa padeciendo el secuestro y la desaparición. Están ilegalmente anotados o como propios o por medio de adopciones fraudulentas, falseando sus padres, sus nombres, sus edades, la forma y el lugar en que vinieron al mundo, quienes asistieron su nacimiento, es decir, apropiados, privados de su verdadera identidad, privados de su origen, de su historia y de la historia de sus padres, privados del lugar que ocupan en el afecto de los suyos, privados de las palabras, las costumbres y los valores familiares, sustraídos de la posibilidad de desenvolver sus vínculos identificatorios originarios y de la posibilidad de autorreconocimiento y de reconocimiento de todo lo propio,

tratados como cosas de las que se dispone a voluntad, parte del saqueo y despojo de sus hogares”.²

Viven en la mentira, pero esta no basta para borrar la herencia y las huellas genéticas y psicológicas que están inscriptas indeleblemente en cada uno (no se puede ignorar que desde la práctica clínica está ampliamente demostrado que, cuando los hijos separados de sus padres logran autonomía, surge en ellos el imperativo natural de encontrarse con su origen).

Cuando lo que nos ocupa es de tal magnitud que se refiere a los derechos humanos, en este caso de los niños, hoy jóvenes desaparecidos-secuestrados-apropiados, la sociedad entera tiene una deuda ética con ellos. Esta deuda no es abstracta, repararla cabe a la sociedad toda.

Apropiación

Un intento de impedir el conocimiento de la situación de secuestro-apropiación en que se encuentran los desaparecidos, consiste en pretender como iguales una genuina situación de *adopción* y la situación de *apropiación*. Ante todo, es preciso explicitar las diferencias radicales de estas situaciones.

Hablamos de *adopción* genuina en aquellos casos en que ésta se realiza en circunstancias éticas que contemplan el respeto a la singularidad del niño y a la voluntad y el deseo de los padres.

Sin embargo existe también una práctica de adopción, cuyas circunstancias dañan ética y conceptualmente la noble institución de la adopción y que, bajo la forma de protección, encubre el disponer a voluntad de la vida y los destinos ajenos.

“El exponente máximo de disponer a voluntad de la vida y los destinos ajenos lo constituye el siniestro procedimiento de apropiación de niños secuestrados y nacidos en cautiverio como consecuencia de la persecución política a sus padres y en el ejercicio de facultades con características criminales ejemplificadoras de la omnipotencia del Terrorismo de Estado, como queda demostrado en las afirmaciones públicas del general Ramón Camps en el

reportaje realizado por Santiago Aroca, publicado en la revista española "Tiempo" donde declaró: ...'personalmente no eliminé a ningún niño, y lo que hice fue entregar a algunos de ellos a organizaciones de beneficencia para que les encontraran nuevos padres. Los subversivos educan a sus hijos para la subversión. Eso hay que impedirlo'.

Procedimiento que lleva el sello de una penetración ideológica atroz e inhumana y que se aplicó siguiendo dos vías que, suponían, no dejarían rastros:

- Secuestro por apropiación encubierta por la adopción.
- Secuestro por apropiación directa, práctica en la que se los registraba como propios (esta modalidad fue la más implementada por familias pertenecientes a las fuerzas de "seguridad" o estrechamente vinculados con éstas).

A través de estas dos vías, sistematizadas por el llamado Proceso de Reconstrucción Nacional, se perpetraron centenares de apropiaciones. Son personas que, aún hoy, viven en situación de desaparición:

- Apropiados por secuestradores, quienes intervinieron directamente en la desaparición y/ o asesinato de los padres y en la desaparición-apropiación de los niños como parte del saqueo.
- Apropiados por cómplices, quienes tuvieron una intervención directa como cómplices en la desaparición-apropiación de los niños, aunque no actuaron directamente en la desaparición de los padres.
- Apropiados por falseadores, quienes, sabiendo el origen del niño, falsean su nombre, su nacimiento, su origen y su historia, anotándolos como propios.
- Apropiados por "adopción", quienes "adoptaron" a los niños buscando que la institución de la adopción actuara como encubridora de la apropiación".³

La experiencia, en general, es que la apropiación de una criatura desaparecida o nacida en cautiverio, está íntimamente ligada a lo delictivo, ya que durante la vigencia del Terrorismo de Estado, los padres que habían sido secuestrados y posteriormente desaparecidos, estaban imposibilitados de ejercer el conjunto de derechos y obligaciones que supone la patria potestad. Menos aún de ser parte en las actuaciones donde se debatía la situación y filiación de sus

hijos. Los abuelos, tíos y otros familiares tampoco podían concurrir a los tribunales para ser parte en los juicios de adopción de esos niños, pues desconocían el dato principal: dónde estaba el niño, quién era el apropiador y consecuentemente, qué tipo de vínculo se había establecido entre el apropiador y la víctima; una anotación como hijo propio, falseando una partida de nacimiento o bien una adopción fraudulenta.

Por eso es posible afirmar que en el origen de estas adopciones-apropiaciones subyace el delito desde el punto de vista jurídico: la privación ilegal de la libertad calificada de los padres y la sustracción de los niños

Las situaciones de hecho son de fraude y falsificación, sin ley y sin verdad.

Sin ley, más que la voluntad absoluta de dominio de los represores y/ o apropiadores. Sin verdad, porque se altera y se distorsiona la realidad. Los apropiadores no pueden representar ni a padres ni a padres adoptivos, porque ocupan ese lugar desde la ilegalidad.

Corresponde hacer un espacio a quienes, en circunstancias ajenas por su parte a toda intención de complicidad o apropiación, se hicieron cargo de niños víctimas de la desaparición, preservando la honestidad del vínculo al no ubicarse en el lugar del fraude.

Estas familias que recibieron a los niños en un marco de verdad fueron:

a) Vecinos a quienes los represores dejaron los niños bajo amenaza de guardar silencio y que no les mintieron sobre su identidad y, cuando fue posible, apoyaron el derecho de los niños a recuperar lo propio. Son aquellas a las que se llama, "familias de crianza".

b) Familias que, motivadas por el deseo de adopción, concurrieron a juzgados e instituciones de menores, donde les fueron entregados los niños. Estas familias, ante la creciente convicción de que eran niños a quienes la represión había alcanzado privándolos del derecho de vivir con los suyos, llegado el momento, se pusieron a disposición de la justicia, para encontrar la verdad de su origen e historia.

Restitución

Es un error presentar como equiparables el acto de la restitución con la experiencia de la situación traumática del secuestro-apropiación, intentando sostener a la apropiación como irreversible y a su perpetuación como un mal menor, un ejemplo: separarlo de la familia 'adoptiva' sería repetir la experiencia de arrancamiento que vivió con los padres naturales.

"Es fundamental lograr el reintegro de los niños desaparecidos al seno de sus legítimas familias, situación que cada familiar resolverá de acuerdo a las circunstancias. La necesidad de la restitución encuentra su fundamento en todas las teorías psicológicas y médicas, las que destacan que el conocimiento de la verdad posibilita y asegura el desarrollo afectivo e intelectual del afectado. Por lo tanto, el temor de que la restitución provoque daño es infundado, ya que, por el contrario, lo dañino es el desconocimiento de la identidad y el falseamiento de los orígenes e historia.

Para dar un paso más en la comprensión de este punto, hay que confrontar la diversidad intrínseca de las dos situaciones:

1º- Las circunstancias:

En la situación de apropiación los niños hoy jóvenes fueron arrancados de los brazos de sus padres, sin palabras y con violencia real., fueron sometidos a una doble situación traumática: la desaparición de sus padres y la propia desaparición, sumergiéndose en un proceso de ocultamiento y enajenación

Ahora bien, ni el acto de la restitución, ni el contexto en que se realiza, ni el proceso de afianzamiento repiten ninguna de las circunstancias de la situación traumática. No hay arrancamiento ni silenciamiento, ya que, con palabras y desde la ley recuperan una relación genuina. Es una situación nueva, reparadora. Su significación más plena es dejar de ser desaparecidos.

2º- El momento:

En un trabajo presentado en 1989 al Congreso Psicoanalítico Internacional desarrollado en Roma, un equipo de especialistas argentinos: Estela y Marcelo Bianchedi, J Braun, María Luisa Pelento, Janine Puget, señala que su experiencia

con niños nacidos en cautiverio -pocas horas o ninguna en contacto con sus madres- les hace pensar que puede existir en el aparato psíquico alguna marca previa al nacimiento. Los psicoanalistas argentinos han señalado la llamativa recuperación de estos niños al poco tiempo de estar insertos en su familia extendida y con el conocimiento de su historia, comprendiendo en ésta la situación política pasada y presente que motivó su desaparición.

No sólo las huellas psíquicas se actualizan sino, también, las corporales, ya que, el cuerpo es memorizado. El cuerpo "oye", el cuerpo "hace", el cuerpo "dice", en el reencuentro con el universo familiar el cuerpo "sabe". Este; "saber" del cuerpo como organizador permite acceder a los fundamentos constitutivos. Múltiples ejemplos de este registro sorprenden, como el testimonio de los primeros momentos de una restitución: P.L., fue secuestrada a los 23 meses, el 18-5-78, vuelve después de 6 años y medio, a la casa de su abuela, que fuera también en un tiempo su hogar paterno. Desde el instante de su llegada, sus actitudes corporales se transforman, sus movimientos se vuelven familiares dentro de la casa, se dirige a su cuarto y "sabe" que es el suyo, decididamente dice: "éste es mi cuarto": inmediatamente, entre todo lo que encuentra se apega a la única muñeca que dejó. En la mesa elige espontáneamente para sentarse el lugar en que lo hacía su madre. Al despertar a la mañana siguiente le pide al abuelo sentarse en sus rodillas como lo hacía habitualmente, recupera allí largos momentos de afecto. La abuela con asombro la reconoce en la pirueta que hace, y repite cada vez, al bajar el escalón del baño. Días después descubre en un libro de cuentos sus garabatos y dice: ...estos mamarrachos los hice yo."⁴

El derecho a la verdad biológica

Muchos de los juicios en el ámbito civil y penal con referencia a la identidad fueron como consecuencia de la causa correspondiente a la actitud de las Fuerzas Armadas de nuestro país, arrogándose el poderío y la impunidad del Estado Absoluto, cometiendo delitos como secuestros, asesinatos y torturas. De

este modo, en nombre de la seguridad nacional miles de seres humanos pasaron a integrar una categoría tétrica y fantasmal, la de "desaparecidos".

“Con la técnica de la desaparición y sus consecuencias, todos los principios éticos que las grandes religiones y las más elevadas filosofías erigieron a lo largo de milenios de sufrimientos y calamidades fueron pisoteados y bárbaramente desconocidos. Son muchísimos los pronunciamientos sobre los sagrados derechos de las personas a través de la historia y, en nuestro tiempo, desde los que consagró la Revolución Francesa hasta los estipulados en las Cartas Universales de Derechos Humanos y en las grandes encíclicas de este siglo. En las naciones civilizadas -incluyendo la nuestra- se estatuyeron en sus constituciones garantías que jamás pueden suspenderse ni aún en los más catastróficos estados de emergencia: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a proceso, el derecho a no sufrir condiciones inhumanas de detención, negación de justicia o ejecución sumaria.

A su vez trajo como consecuencia no solo la cantidad de juicios que se ventilan y se han ventilado en nuestros tribunales, sino tal como lo dice el título del trabajo de Bidart Campos "El desplazamientos de menores de un grupo familiar a otro" (ED 132-981), donde expone que en los casos de menores que como hijos de presuntos desaparecidos, habían sido adoptados, tomó intervención la justicia penal en cumplimiento de la ley de Patronato de Menores que asigna a los jueces de ese fuero la competencia en situaciones especiales en que menores aparecen como víctimas de eventuales delitos, agregando que tal intervención de los jueces en lo penal no sustrae a los jueces en lo civil la competencia exclusiva que les cabe en relación con la adopción oportunamente dispuesta, y aunque es así, y aunque el vínculo adoptivo subsista hasta que la justicia en lo civil lo deje en su caso sin efecto, el menor que ha convivido determinado tiempo, a veces años con sus padres adoptivos, sufre un impacto emocional y sentimental muy fuerte al ser transplantado a otro núcleo familiar, que en la mayoría de los casos no ha tenido noticias hasta ese momento. Y la dificultad no se supera con el hecho de que el nuevo grupo al que se lo incorpora pueda ser el de parientes de sangre del menor.

Luego de preguntarse qué reflexión merece esta situación, termina afirmando que todas las hipótesis de desplazamiento de un menor desde un núcleo hacia otro es el interés de ese menor el que debe presidir toda decisión que lo afecte. Y es poco o nada realista la que se adopta con el manejo y la aplicación de normas fríamente analizadas en desvinculación de las circunstancias en que ese mismo menor se halla inmerso ante la disputa de quienes lo reclaman para sí. Ningún interés ha de ser superior al del menor que es el centro del problema. No comprenderlo por apego a la letra de la ley o a cualquier otra preferencia es dar la espalda a la realidad; pero mucho más grave es no cumplir la pauta rectora de la Corte, tan insistida en su jurisprudencia dirigida a los jueces: la sentencia ha de lograr la solución objetivamente justa del caso, o lo justo en concreto que se parece mucho a lo de buscar y conseguir la solución mejor que en cada momento y en cada circunstancia resulta viable y accesible.

El conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social -identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto.”⁵

Identidad y dignidad

Para hablar de derecho a la identidad es presupuesto indispensable el derecho a la vida, sin el cual no existiría el hombre. La identidad personal es ‘ser uno mismo’ representado con sus propios caracteres y sus propias acciones. Todos los hombres tienen derecho a la igualdad en la dignidad y es por eso que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales.

El A.D.N. tiene dos facetas que resultan importantes a los fines del presente análisis: una es el interés social, en el que está involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y

la otra es el interés privado de saber quien uno es y tener derecho a saberlo. La ocultación del origen es lo que se tiende a evitar y lo que se trata de dilucidar con esta prueba médica.

“Los problemas fundamentales de estos tres conceptos –A.D.N., filiación e identidad- se observan cuando la realidad biológica no coincide con la filiación biológica revelada.

Es por ello que la identidad genética no necesariamente es siempre coincidente con la identidad filiatoria.

Se entiende por identidad genética al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea su genoma. El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los aproximadamente cien mil genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irrepetible de la persona.

El derecho a la identidad se encuentra en estrecha relación con el derecho a la vida, sin el cual no existiría el hombre. La Corte en innumerables fallos ha sostenido que ese derecho emerge necesariamente del reconocimiento del hombre y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal. Ha enfatizado el carácter de primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva.

La persona es única e irrepetible pero a su vez se interrelaciona con las demás.

La identidad como apunta Fromm es la experiencia que permite a una persona decir ‘yo’.

La identidad real debería estar conformada entre la autenticidad y la verdad. Esto es posible de lograr en cuanto el ser humano es libre para trazar su proyecto vital, pese a los condicionamientos que de hecho lo constriñen y limitan.

De esto a su vez entonces podemos afirmar que todos los hombres tienen derecho a la igualdad en la dignidad y es por eso que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o condición social.

La C.S.J.N. en “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar (causa B. 605.XXII resuelta el 6/4/1993)” estipula “...El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana.” Agrega en ese mismo fallo que existe un señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias, es decir los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

Acerca de cuál es el momento a partir del que se es persona, y acerca del derecho innegable del niño de conocer su verdad biológica, la reforma constitucional hizo ingresar a través de la Carta Magna y con la misma jerarquía que las leyes locales en nuestro ordenamiento jurídico, distintos tratados Internacionales, entre ellos: La Convención sobre el Derecho del Niño, que establece que “el niño tiene derecho en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.”. Asimismo dispone que “...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”; “...cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”; el Pacto de San José de Costa Rica, que también proclama que la existencia de la persona humana lo “...es desde el momento de la concepción, sin hacer distinción entre la concepción natural o artificial. La Convención Americana sobre derechos Humanos extendió el respeto a la vida, en general, desde la concepción.

Así, nuestro derecho protege a la identidad en toda su extensión. Por ello se admiten pruebas genéticas para la indagación de los vínculos filiares.

Conforme la cláusula del art. 16 de la C.N. como sostiene el Dr. Linares Quintana ésta no consagra una igualdad utópica ni contraria a la naturaleza, sino

que “la igualdad ante la ley supone simplemente que todos los habitantes de la Nación están sujetos a los mismos deberes, gozan de los mismos derechos y están tutelados por las mismas garantías”. La C.S.J.N. dijo que “La garantía de la igualdad sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la República sean tratadas del mismo modo y que las distinciones que efectúe el legislador en supuestos que estime distintos, obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y no a propósito de persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas.”⁶

Con respecto a estos temas, tenemos que tener en cuenta los avances logrados por los tratados internacionales: a) La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas por su resolución 96 del año 1946 del genocidio como delito de derecho internacional; b) La Convención de las Naciones Unidas del año 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio; c) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales del año 1950 con las prácticas de discriminación y segregación; d) La Declaración de la UNESCO del año 1951 sobre racismo; e) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; f) La Convención de las Naciones Unidas del año 1973 sobre supresión y castigo del crimen del apartheid; g) La Declaración de las Naciones Unidas sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; h) La Convención de las Naciones Unidas del año 1979 sobre la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer; i) La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, del año 1984; j) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; k) Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos; l) XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre –derecho a la convivencia-.

No es posible dejar de lado otra de las cuestiones íntimamente relacionadas con la verdad biológica y la identidad, que es, la función del Estado:

el orden público. Esto es en cuanto a lo privado y lo público. Qué ámbito familiar y de derecho relacionado con la familia mantendrá su espacio privado o quedará a merced de lo público.

En este sentido el Estado aborda a la familia desde los tres campos de su actividad potestativa

“Así, el *poder legislativo* respondiendo a pautas marcadas por la naturaleza humana, y respetando las características de un medio sociocultural dado en tiempo y espacio dicta normas de carácter general; el *poder administrador*, poder ejecutor de las políticas generales viabiliza e instrumenta el desenvolvimiento de la familia conforme el perfil delineado por el legislador; y el *poder judicial* enfrenta el conflicto familiar en particular buscando a través de una sentencia el dictado de la norma aplicable al caso concreto mediante la interpretación y aplicación de las normas generales imponiendo coactivamente las consecuencias previstas por la legislación.

Es de señalar que las pautas y comportamientos, que reflejan sus necesidades específicas y atiende las personalidades propias de cada individuo que lo integra, quedan en ese ámbito interno en tanto no contraríen los intereses generales de la comunidad a la que pertenecen. El Estado no tiene ningún interés en intervenir en esa intimidad.”⁷

El poder judicial actúa en los casos de crisis que trascienden la esfera íntima protegida por el principio constitucional de reserva (art. 19 C.N.)

Cuando esta crisis afecta intereses de menores, incapaces, terceros, instituciones de orden público, trasciende la esfera de la reserva del art. 19 C.N. y comienza a intervenir el Estado. Es cuando se produce el abordaje jurídico de la situación por vías de aplicación de las normas generales del Estado. Entonces se llama a intervenir al poder judicial para que, interpretando y aplicando las normas generales dictadas por otros poderes, encuentre la forma normativa más adecuada para contener satisfactoriamente el sustrato fáctico que se le ha sometido a su jurisdicción.

Cuando el poder judicial se pronuncia no está haciendo otra cosa que dictando la norma al caso concreto. El Estado interviene para dictar la norma que las partes no han podido acceder por sí solas.

La obtención de una sentencia operativa -esto es que su contenido resolutorio sea ejecutable en los hechos- solo se puede lograr mediante un esfuerzo interpretativo e integrativo del derecho vigente.

En todo proceso debe primar la verdad jurídica.

El derecho a la identidad personal supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación. Ese derecho tiene que estar instrumentado en forma tal que no se torne abstracto ni de imposible cumplimiento.

La identidad es uno de los derechos personalísimos de la persona y como tal goza de todos sus caracteres y garantías.

“Merece un espacio de opinión la posición que sostiene el Dr. Bidart Campos en cuanto refiere que solamente si se lo convenciera de que en esta disputa de intereses contrapuestos tiene mayor jerarquía valiosa el bien jurídico tutelado en el derecho de toda persona a conocer su filiación y a emplazar su status de familia, podría resignar el punto de vista de que por encima del derecho a la verdad biológica se encuentra el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, que el sostiene que no es solo aplicable al derecho penal sino a todos los derechos como norma genérica que no distingue clases de proceso. El sostiene que en ningún proceso, civil o penal, es viable obligar a declarar a una persona contra sí mismo, ni tampoco inferir presunciones en contra de quien se niega a una declaración ni a un examen. No es viable exigirle a alguien que se preste a una prueba para lo cual tenga que ofrecer su cuerpo.

Quienes no comparten este criterio sostienen que la garantía constitucional del art. 18 de la C. N. está brindada para que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo en causa penal. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el sentido de la legalidad y legitimidad de la extracción compulsiva de sangre como un procedimiento científico ordinario e inocuo que no produce ningún tipo de secuela física.”⁸

Los planteos más polémicos y traumáticos se producen normalmente en el ámbito del proceso penal, en el que hay una fuerte incidencia del orden público que reclama la determinación de la verdad en juicio y cae con fuerza y sin distinción sobre los derechos de cada individuo en la faz privada.

Se entremezclan aquí los sentimientos de la víctima de un supuesto delito, el que, según su edad y capacidad de comprensión se dará cuenta de que lo que se encuentra en juego es su identidad biológica.

Se trata de dilucidar la problemática de qué valor tendrá la expresión de voluntad de esa persona de someterse o no a las pruebas médicas, y de querer o no saber su verdad biológica. Con ello nos enfrentamos entonces con el orden público, que por un lado investiga la posibilidad de un delito, en el que se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho personalísimo de saber quién uno es.

Entonces el dilema de fondo a resolver es hasta qué punto ese orden público impuesto por el Estado puede generar en esa persona un deber a conocer su identidad biológica, anulando de tal modo un derecho propio que es el de querer conocer o no querer conocer su verdadera identidad biológica. Y en este interrogante cabe plantear cuál es la edad a partir de la cual la opinión del menor pueda tener trascendencia en la decisión.

También se plantea la cuestión de cómo juega la minoría de edad, dado que para nuestra ley la mayoría de edad se alcanza a los veintiún años, mientras que la Convención del Niño, considera niño a todo menor de dieciocho años.

Tratándose de un menor entonces, otro problema es el de cuáles son los límites de los representantes legales y/o terceros para disponer de la prueba biológica del niño y con ello decidir el conocimiento de la verdadera filiación.

La Corte, en numerosos fallos, ha sentado que para que la prueba genética sea procedente el niño tiene que ser víctima o estar imputado de un delito. Que la prueba tiene que ser conducente al esclarecimiento del hecho que se investiga. Y debe estar relacionada y dirigida razonablemente a la resolución de la causa en que se dispuso su realización, dado que las medidas instructorias deben ser siempre razonables y pertinentes con el objeto sumarial.

Asimismo la Corte ha confirmado fallos de primera instancia donde se ha obligado compulsivamente a realizar la prueba y en otros no, ya que hay que analizar el caso concreto y las pruebas penales que se presentan en cada uno.

Como criterio general el derecho de saber la verdad biológica debe privar siempre. Ahora, ese derecho ¿Se transforma en algunos casos en un deber a tener que conocer la identidad biológica?

“Lo primero que podemos analizar para determinar el conflicto entre orden público vs. derecho personalísimo es el caso de la joven de veintitrés años Vázquez Ferrá, en el cual la jueza de primera instancia la obligó a realizarse el examen de A.D.N. para conocer la verdadera filiación, en un juicio en el que se investigaba secuestros ilegales y apropiación de bebés ocurridos durante el proceso militar. La Sala II de la Cámara hizo privar el orden público y confirmó la obligatoriedad para que esta persona se extrajera sangre a los fines de ese análisis.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, -Sala 2º- con fecha 24 de marzo del año 2000, ha confirmado el fallo de la Jueza Federal nº 1 de la Ciudad de Buenos Aires, María Romilda Servini de Cubría, ordenando la prueba hemática (extracción de sangre) a los fines de determinar la verdadera identidad de E. K. Vázquez Ferrá.

La causante se había opuesto a la realización de la misma e -inclusive- formuló una reserva para que en caso de acceder a la realización de tal prueba, el resultado de la misma no revistiese el carácter de prueba de cargo en la investigación sobre quienes para ella resultan ser sus padres. La Cámara, al momento de resolver, rechazó cualquier posibilidad de condicionamiento sobre ese punto.

En los fundamentos del fallo de primera instancia se encuentra una recurrente apelación a la averiguación de la verdad como fin del proceso, poniendo además el énfasis en el interés social que resulta de otorgar una debida protección a la adolescente del caso, teniendo en cuenta la larga búsqueda que ha implicado para la presunta familia de origen, cuyos destinos terrenales de los padres son desconocidos hasta la fecha.

Concluye la magistrada expresando que, no hacer lugar a la petición violaría el aspecto jurídico-familiar, otorgando falsos emplazamientos en el estado de familia y transgrediendo las facultades emergentes de los derechos subjetivos-familiares, resolviendo, en consecuencia, retener todos los documentos filiatorios de la causante y ordenando la realización de la prueba hemática para determinar la verdadera identidad en el Banco Nacional de datos genéticos del Hospital Durand, y señalando que en caso de oposición la medida deberá realizarse por intermedio de la fuerza pública.

La actuación del Tribunal de Casación, a la manera de un "recurso intermedio", da cumplimiento a la exigencia de doble instancia en materia penal, conforme lo prescribe la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El Defensor Oficial, en representación de los padres adoptivos, interpuso reposición con apelación en subsidio contra el examen pericial, reposición que fue rechazada por el a-quo, concediendo la apelación.

E. K. Vázquez Ferrá, interpuso reposición con apelación en subsidio, señalando su disconformidad con la totalidad de lo decidido. Se rechaza la reposición concediendo la apelación y sin perjuicio de lo señalado el a-quo resolvió revocar en esa oportunidad, por contrario imperio, el punto de la resolución que disponía la realización compulsiva del peritaje. Contra ese punto, el fiscal y la querrela interpusieron recurso de apelación.

La resolución del magistrado de primera instancia se fundó en el art. 180 del Código de Procedimientos en Materia Penal, no causando gravamen irreparable.

Con respecto a la realización del peritaje ordenado, se señala que el mismo resulta ser una diligencia complementaria de las otras probanzas colectadas, cuya realización deviene razonable, pertinente y encaminada a la obtención de certeza de los hechos que constituyen el objeto procesal de la investigación criminal, dentro de los límites formales de la ley en un Estado de Derecho y sin mengua del principio de proporcionalidad entre los bienes o derechos que puedan afectarse y el necesario beneficio que representa la prueba para la causa.

En este ejemplo es muy claro que a quien se obliga a conocer la identidad biológica -contra su voluntad- es una persona mayor de edad y que por lo tanto conforme al Código Civil goza de todas las prerrogativas inherentes a la mayoría de edad, ya que no se ha discutido que pudiera padecer de alguna incapacidad por la que la manifestación de su voluntad pudiera encontrarse viciada.

El fallo de primera instancia, confirmado por la sala 2° de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, ordenando que si no se otorga consentimiento para el acto pericial de la prueba hemática la medida se concretará con el auxilio de la fuerza pública, sostiene que sí puede el derecho a la identidad transformarse en un deber.

Para quienes esta posición es insostenible, no es exigible en modo alguno imponer a una persona mayor de edad la obligación de que conozca su "supuesto" verdadero origen biológico.

No le puede ser oponible ninguna razón de orden público, ni debe prevalecer ninguna ficción jurídica en cuanto al interés social en el esclarecimiento del hecho delictivo y el castigo a los responsables. El delito debe verificarse por otra vía y con otras pruebas.

“En el caso citado, es cierto que probablemente E. K. Vázquez Ferrá no se vería afectada en su integridad corporal por un mero pinchazo para extracción de sangre, pero, probablemente, se vería afectada en su fuero íntimo, no correspondiendo a los jueces trasponer la frontera infranqueable de su conciencia para analizar los motivos de esa negativa.”⁹

“Tiene razón el Tribunal cuando dice que en el caso no se encuentra comprometido el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto a la prohibición de "declarar contra sí mismo". No es E. K. Vázquez Ferrá la imputada del delito de sustracción de menores sino la presunta víctima.

Los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona humana que encuentran fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional reservan a los individuos las facultades de realizar sus propios "planes de vida", descartando la imposición de posturas perfeccionistas o paternalistas por parte de los poderes públicos.”¹⁰

La llamada verdad biológica ha alcanzado la relevancia de un verdadero paradigma a partir de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados por la Reforma Constitucional de 1994.

Sin embargo, de la parte final del propio art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional resulta que los Tratados de derechos Humanos son ‘complementarios’ y no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

“En materia de juicios de filiación, por ejemplo, la jurisprudencia ha dado primacía al paradigma de la verdad biológica, dando especial relevancia a las pruebas genéticas mediante extracción de tomas de sangre para la realización de pruebas de ADN y de histocompatibilidad. Sin embargo, la tendencia ampliamente mayoritaria ha sido la no admisión de la prueba forzada, de modo que la negativa de la persona debe ser respetada.

Tal negativa, que preserva en el caso tanto el principio de autonomía del art. 19 C.N, como la prohibición de declarar contra sí mismo del artículo 18 de la norma fundamental; no obstan, sin embargo y conforme también lo ha reconocido mayoritaria jurisprudencia, a que tal negativa conforme una importante presunción en contra de quienes se niegan al examen, todo ello en orden al alto nivel de eficiencia alcanzado por las pruebas científicas.

Este ejemplo aplicado por la jurisprudencia nacional a los casos de filiación es extensible, según un criterio, a casos como el que aquí se investigan, en tanto permitirían preservar derechos individuales sin obstar el avance de la investigación por otras pruebas. Aún cuando las presunciones disminuyan su valor en materia penal, no dejan de conformar criterios de apreciación, tanto más cuando las nuevas tendencias privilegian las libres convicciones de los magistrados en la apreciación de las pruebas.

Por otra parte debe primar la autonomía de la voluntad de quien libremente y sin coerción a su voluntad no quiere -no siendo imputado, y siendo presuntamente víctima de un delito- someterse a ningún examen, y además porque su negativa no hace referencia al examen en sí mismo, sino a su completa falta de interés en conocer su verdadera identidad.”¹¹

- ¿Qué sucede cuando encuentran comprometidas personas menores de edad?

En la mayoría de los casos analizados, eran niños de corta edad al momento de dictarse la sentencia, por lo que fueron sus representantes legales los encargados de autorizar el examen para conocer la identidad.

“En estas situaciones, hay varios fallos de la Corte que obligaron a efectuar el examen. El criterio es que el representante debe obrar en interés del niño y no a favor de sus propios intereses, por lo que es lógico considerar que el parámetro normal en todo ser humano es conocer la verdad biológica y tiene derecho a ello, por lo que para hacerlo efectivo se debe proceder a realizar el estudio científico.

Es válido el criterio que sostiene el Dr. Fayt (Recurso de Queja por apelación denegada en la causa "M., J. s/ denuncia del 13/11/90): ...Ante un conflicto de intereses entre representado y representante, la ley dispone que este se aparte. La ley privilegia claramente el interés del menor. No confunde este interés con el del representante cuyas atribuciones no llegan a reemplazar la voluntad del menor en la producción de actos como los personalísimos. De lo precedente cabe concluir que los menores sólo pueden ser, en un sentido estricto, titulares de derechos, a cuyo protección concurren sus representantes, el Ministerio Público y los jueces y nunca objeto de derechos de terceros, sean quienes sean éstos. Los derechos de los padres y de los adoptantes, extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. La obtención de la prueba hematológica no es traumática de por sí. Sólo el interés del menor debe ser tenido en cuenta. Es afirmable como principio que nada duradero parece poder fundarse sobre la ignorancia consciente de la verdad, corresponde valorar positivamente la producción de la prueba apta para conducir a aquella.”¹²

Ahora, esto está claro cuando el niño tiene muy corta edad y resulta indiscutible que no tiene ningún grado de discernimiento ante la situación planteada. Sin embargo dentro de la minoría de edad, hay una etapa en la que precisamente ya cuenta con un grado bastante importante de discernimiento, a tal

punto que en el juicio de familia es escuchado, por ejemplo, en temas tan delicados como opinar con cuáles de los progenitores desearía convivir. Mucho más grave y decisivo es la autorización que otorga la ley de transplantes de órganos para donar a los dieciocho años. También a esa misma edad decide el destino del país a través del voto.

Como se puede observar un menor de dieciocho años se encuentra autorizado a ejercer tales actos de trascendencia, por lo que se debería armonizar la mayoría de edad que estipula la Convención del niño -"se considera niño al menor de dieciocho años"- y admitir que a partir de los dieciocho años las personas deberían tener capacidad, lo que en definitiva es cumplir el mandato constitucional de la Convención.

- Otra cuestión que ha tratado la jurisprudencia es la de la investigación de la identidad biológica de menores adoptados en forma plena.

Hay dos casos relevantes en el Alto Tribunal: "M. J. del 13 de noviembre de 1990, L.L. 1991-B-470" y "S. C. J. N. del 4 de diciembre de 1995 "C., J. A.: C., J. A. s/ querrela por retención y ocultamiento del menor". Ambos tratan hechos similares. Se diferencian en que al tratar el segundo ya se encontraba en vigencia la reforma constitucional del año 1994. y el caso de la SALA II C. DE APEL. CIV. COM. MORÓN 11/8/92 "M. de G., D. R. c. S., S." que marcó un cambio fundamental en la jurisprudencia del Derecho Civil, la sentencia en las tres instancias confirmó que las adopciones plenas de los menores víctimas del terrorismo de Estado son nulas de nulidad absoluta porque fueron hechos en fraude a la ley.

En el primero la mayoría no hizo lugar a la investigación, y hubo dos votos en disidencia cuya opinión y fundamentos coinciden con el segundo caso. En este último la mayoría decidió que la acción penal había prescrito, por la inexistencia de acto procesal interruptivo de la prescripción desde la fecha de comisión de los hechos ilícitos, fundamento de la declaración de la extinción de la acción penal en la causa de la Suprema Corte.

“En el **caso MULLER** la C.S.J.N. denegó la posibilidad de extracción compulsiva de sangre para pruebas hematológicas a un menor de edad que había sido adoptado plenamente. Los padres adoptivos habían expresado su negativa a realizar dichas pruebas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el fallo del juez de primera instancia que hacía lugar al pedido de extracción obligatoria, en el contexto de una causa en la que se investigaba la supuesta falsedad ideológica del certificado de nacimiento del menor que constituía el fundamento de la reclamación de filiación que pretendía su supuesto abuelo biológico contra los padres adoptivos.

Entre otros argumentos, en este fallo el Alto Tribunal tuvo en cuenta el carácter de no imputado, ni víctima del menor, ‘...resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia importa someter a un menor de edad que no es víctima del hecho de esta causa, y a quien no se imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre...’ la Corte afirmó que ‘una extracción compulsiva de sangre, presupone ejercer cierto grado de violencia –por mínima que sea- sobre el cuerpo. Lo que de por sí invade la esfera íntima, restringe la libertad en cuanto más tiene ella de esencial –eso es, la disponibilidad del propio cuerpo- y comporta la lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que es susceptible en sí mismo de tutela’.

Sin embargo, el primer argumento de la Corte para denegar la medida fue el hecho de que el menor no estaba imputado en la causa. Lo que implicaba que la medida no era conducente para el esclarecimiento del hecho, esto es, la falsedad ideológica, además, habiendo una adopción plena, se alegó la subsistencia de la garantía declarada por el art. 19 de la Ley de Adopción (que veda toda acción que tienda a la averiguación o reestablecimiento del vínculo de sangre del adoptado). En el fallo del 13 de noviembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo -por voto mayoritario- que no era admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de un menor adoptado bajo el régimen de la adopción plena, pueda tener lugar con base en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con normas de fondo como las contenidas en los arts. 14 y 19 de la ley 19.134. Reiteró además sus precedentes en cuanto a que no

se podía someter a examen a un menor que no fuera víctima o imputado de un delito y remarco la razonabilidad y la adecuación que deben tener las medidas probatorias en el proceso penal al objeto procesal materia de juicio.

Los votos en disidencia fueron de los Dres. Fayt y Petracchi. El primero fundamenta su disidencia en que, en el caso concreto no parece que la obtención de la prueba cuestionada sea traumatizante por sí, y que resulta evidente que es sólo en interés del menor que puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad, ya que a su criterio, nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, por lo que corresponde valorar positivamente la producción de la prueba en cuestión apta para conducir a aquélla.

El segundo voto, se fundó en el hecho de que existen derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagradas en la Constitución Nacional, deben ser consideradas garantías implícitas, comprendidas en el artículo 33 y merecedoras de resguardo y protección. Que entre ellas, debe incluirse sin duda, al derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. Para este voto conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural del ser humano que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que permita reencontrar una historia única e irrepetible es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura. El normal desarrollo psicofísico exige que no se traben la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica 'verdad personal' lo que el sujeto anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es finalmente la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. Las consecuencias de los obstáculos puestos en el camino de acceso a la verdad son devastadoras. La situación traumática que se produce por el ocultamiento al niño de su verdadera identidad es de capital importancia. Por lo contrario, conocer la verdad permite elaborar el proceso de estructuración y crecimiento del psiquismo.

También se hace mención en la disidencia a la Convención sobre los derechos del niño donde se establece que el niño tiene derecho en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Asimismo en el artículo 8 se dispone que se debe preservar su identidad, nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas y que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Desestima la violación a los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional, los que no resultan lesionados por una medida de prueba la cual tiende a esclarecer la identidad de origen del menor.

El voto del Dr. Petracchi, discrimina la prohibición legal que contiene la ley de Adopción, perfectamente armónica con el fin por ella buscado, de una situación extraña a esa ley que es el derecho de toda persona a conocer su identidad biológica: 'El derecho a la identidad personal se concibe como el derecho, cuya titularidad tiene la persona, a ser ella misma, a tener su propia verdad individual. Se trata de uno de los derechos fundamentales que comprende en su marco tutelar el artículo 33 de la Constitución Nacional. Exige dejar expedito el acceso a la propia identidad de origen.

La adopción plena no se opone a lo expuesto (conf. Arts. 14 y 19 de la ley 19134). Lo que prohíbe la ley de Adopción son los actos jurídicos o las acciones de emplazamiento familiar incompatibles con los efectos que la sentencia de adopción plena producen. El derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel, que es superior en cuanto al rango constitucional. Este nivel trasciende lo concerniente al 'estado de familia': revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser amputada o escamoteada. En el derecho argentino, la partida de nacimiento original del adoptado no se destruye. Esto demuestra que el legislador ha querido reconocer el derecho del adoptado a conocer sus vínculos consanguíneos.

Y es que la ley -como herramienta instrumentada en beneficio del hombre- no puede atentar contra él, sino que tiene como deber su protección integral. Y dentro de su protección integral debe estar amparado a conocer su origen, lo cual

puede ser perfectamente viable y conjugado con la permanencia de la adopción vigente, siempre y cuando ésta no fuera pasible de ser sancionada con nulidad.”¹³

“En el **CASO C., J. A.: C., J. A. s/ querella por retención y ocultamiento del menor** los argumentos sobre el tema de análisis se deben extraer de lo que expresan el Fiscal ante la C.S.J.N. y la disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi. Ello es así porque el Superior Tribunal dispone en el fallo de la mayoría que la acción penal se encuentra extinguida y por lo tanto no ingresa en el fondo de la cuestión. Lo importante del fallo de la mayoría es que se considera equiparable a sentencia definitiva la resolución que dispone practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor víctima de los delitos de retención y ocultamiento de menor.

El Procurador General no obstante haber tratado en su dictamen la cuestión de prescripción de la acción penal, emite opinión sobre la resolución que dispone practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor presuntamente víctima en los hechos investigados.

El menor tenía 17 años y no le interesaba conocer su verdadera filiación. Dato de interés relevante y diferentes a otros casos. Aquí se opone el menor y sus padres adoptivos. El matrimonio adoptivo en ningún momento se atribuye la paternidad del menor.

Y se debe tener en cuenta lo que establece la ley de adopción –ley 19134 art. 19- donde prohíbe toda acción tendiente al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado y que, especular con lo contrario implicaría convertir cualquier proceso penal en un juicio tendiente a determinar la filiación de una persona.

Hace referencia al caso Muller y en especial al voto de la mayoría y del Juez Moliné O’Connor: ‘...el examen pericial sea pertinente a la causa...’, ‘...cuando no se halla en tela de juicio la validez de la adopción, preciso es concluir que rige en toda su plenitud lo establecido por el art. 19 de la ley 19134 que veda toda acción que tienda al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado, sin que esa disposición legal pueda ser ignorada o postergada bajo pretexto de la investigación de un delito por la justicia del

crimen, si éste no pone en cuestión ni está directa e inmediatamente ligado a la validez del título que sustenta la adopción’.

Hace también referencia a fallos de la Corte Norteamericana ‘...que en caso de ser necesaria esa invasión, es imprescindible que el Estado demuestre, en forma más que justificada la razonabilidad de la medida’.

El Fiscal considera que la Corte no sólo fijo límites a la actividad instructoria de los jueces, impuso razonabilidad en las diligencias dispuestas en función del objeto procesal y ha proscripto toda posibilidad de discusión acerca del estado civil de una persona en un juicio penal, salvo que el emplazamiento en ese estado civil haya sido la consecuencia de un delito.

Para el Fiscal es fundamental en el caso ya que el menor no es víctima, ni imputado del hecho de la causa.

Su razonamiento se basa es una disquisición de la razonabilidad de la medida adoptada con las constancias de la causa y del hecho investigado.

No deja de lado de reconocer que ‘...el proceso penal presenta características propias por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no autoriza, a mi modo de ver, que sin nuevos elementos de juicio, se avance sin más sobre los derechos a la intimidad, a la libertad de disposición corporal y a la integridad física, los cuales se verían menoscabados por la realización de una medida de prueba que, en tales condiciones, no aparece racionalmente justificada’.

El Tribunal ya ha dicho que este tipo de medidas hay que analizarla conforme ‘...la verdad objetiva y los intereses del menor y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico’.

Por lo tanto la medida viola el derecho de intimidad del menor que expresó su voluntad de no conocer su origen biológico y sería violatoria de los derechos de la patria potestad del recurrente que surgen del dictado de una sentencia de adopción plena.

En su disidencia, los doctores Fayt y Petracchi (favorables a que se confirme la sentencia recurrida) estipularon que: en el caso sub lite no es aplicable el caso Muller que se trataba de la investigación sobre la falsedad de un

documento nacional de identidad, supuesto en que el análisis de sangre no era atinente a la mentada investigación porque el menor no aparecía ni como víctima ni como imputado. En el presente proceso se trata de la imputación de delitos que tienen al menor como víctima contándose el padre adoptivo como otro imputado.

En el proceso no se ha operado la prescripción de la acción penal porque las conductas típicas previstas en el artículo 146 del Código Penal (delito de sustracción de menor) configuran un delito de carácter permanente: la conducta delictiva ha continuado mucho tiempo después del acto inicial de sustracción del menor.

Que es aplicable al caso los principios desarrollados en el caso “H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias (causa H-91-XXIV)” donde se determinó que no se encontraban afectados derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad. La negativa a la extracción de sangre no hace al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación a la zona de reserva o intimidad del individuo. Obstaculiza una investigación criminal en la que los querellados son los imputados y el menor la víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (artículo 19 Constitución Nacional, a contrario sensu).

No comparten tampoco que la medida ordenada es irrazonable para la investigación del delito tipificado en el artículo 146 (delito de sustracción de menor) del Código Penal, en efecto, la comprobación del vínculo biológico entre el querellante y el menor podría servir eventualmente para sostener que el querellado había recibido y adoptado a un niño que sabía era hijo de padres desaparecidos.”¹⁴

Nulidad absoluta de la adopción de una menor víctima de desaparición forzada.

SALA II C. DE APEL. CIV. COM. MORÓN 11/8/92 “M. de G., D. R. c. S., S.” Este fallo es importante porque relaciona las cuestiones de identidad que se dilucidan en la parte penal y en la civil.

“Llegó a la Cámara por recurso de la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda por nulidad absoluta de la adopción plena del 21/9/81 otorgada por el Juzgado en lo Civil y Comercial nro. 4 de Morón, de la menor X.V. y admitió la impugnación de la inscripción de nacimiento que en su

momento dispuso el Tribunal de Menores n° 1 de Morón y dispuso la identidad de persona entre R.P.S. y X.V. La acción fue promovida por la abuela materna de la hija desaparecida.

Entre lo destacado del fallo encontramos que la sentencia civil de nulidad de adopción se otorga sin estar culminado el proceso penal que se inició por privación ilegítima de la libertad de la hija de la presentante y su nieta. En dicho proceso penal se le dictó prisión preventiva a la demandada por el delito previsto y reprimido por el art. 146 del Código Penal.

Los agravios de la adoptante recurrente son fundamentalmente la cuestión de prescripción; que no se ha alcanzado sentencia en el aspecto penal conforme el art. 1101 del Código Civil (art. 1101: si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal...) y que no se han probado los hechos.

El objetivo de la sentencia de cámara gira fundamentalmente en todo lo referente a la Convención sobre los derechos del niño y el interés superior de la menor de conocer luego de tantos años de proceso su verdadera identidad. La menor cuando llega la causa a la Cámara tiene catorce años. Más allá del amor que la demandada en el juicio de nulidad de adopción manifieste profesar por la menor, está el superior interés de la niña. Además es impostergable su derecho al verdadero nombre y a ser cuidada por su familia biológica, como asimismo su derecho a la preservación de la identidad y sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Con referencia al agravio interpuesto por el art. 1101 del C.C. que la recurrente considera absolutamente violado y que esto podría originar un escándalo jurídico la Cámara resolvió: ‘Coincido con la nulidicente y así lo he sostenido al votar en las causas... que la sentencia civil dictada antes de que exista pronunciamiento firme en sede penal es nula conforme lo tiene resuelto reiteradamente nuestros Tribunales. También creo que la norma invocada resulta aplicable no solamente cuando se reclama la indemnización por los daños derivados de un delito, sino en todos los casos en que un juicio se encuentre

íntimamente vinculado al resultado de un proceso criminal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma.

Sin embargo, no propiciaré la solución a que aspira la accionada, por dos razones, una principal y otra subsidiaria... sostuvo el Fiscal de Cámara en su dictamen... que no hay identidad de hechos entre lo juzgado en uno y otro juicio. La supresión de estado civil es delito penal que se comete con hechos materiales que no necesariamente incluyen la falsedad documental, ni llegan necesariamente al registro de la identidad falsa. Y lo que aquí se juzga es el fraude procesal por el que se logró la inscripción de una adopción que, aunque complementaria, no es el delito criminal en sí mismo, sino su consecuencia. Es por ello que tampoco puede producirse el escándalo jurídico que teme la apelante...no se advierte la identidad fáctica que pudiera servir de génesis a las acciones en trámite ante distintas jurisdicciones ni la posibilidad de escándalo jurídico ante sentencias contradictorias.’

Alberto Etkin en ED 97-592 ‘Si la justicia criminal anduviera en el tiempo paralelamente a la civil podría admitirse la prejudicialidad como la ha legislado Vélez, pero nunca cuando importa un retardo inusitado para la solución de la causa civil. La C.S.J.N., en el fallo “Ataka Co. Ltda. c. González Ricardo y otros”, frente a una causa penal que a más de cinco años de tramitación no se advertía la posibilidad de que se le pusiera pronto término lo que posterga irrazonablemente el dictado de la sentencia comercial declaró que lo precedentemente reseñado demuestra la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este litigio, que ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia dispuso por consiguiente que la Cámara debía pronunciarse sobre el mérito de la apelación valorando las constancias del juicio ejecutivo y de la causa criminal.

En el fallo que es materia de análisis a los fines de este trabajo, las actuaciones penales llevan más de quince años de trámite, por lo tanto la razón de urgencia e importancia que hacen al orden público es solucionar el problema de la menor que al día de la fecha no conocía su filiación ni su identidad.

Es por ello que el fallo deja de lado el principio conocido del derecho francés como ‘lo criminal mantiene lo civil en suspenso’ ya que comenta ‘que en determinadas circunstancias la aplicación estricta del art. 1101 puede constituirse en una verdadera trampa o burla legal, pues so pretexto de evitar un eventual escándalo jurídico de pronunciamientos contradictorios se genera uno mayor, como es de privarlo del derecho a que su acción civil sea juzgada en tiempo razonable, prolongando indefinidamente el juicio.’

Otra cuestión a tener en cuenta en este fallo es la determinación de cómo se debe valorar la prescripción:

‘Las acciones de estado de familia son imprescriptibles; por lo tanto una acción de estado de familia que persigue determinar la verdadera filiación e identidad de una menor y el emplazamiento en el estado de familia preexistente al que ostenta constituye una especie dentro de aquel genero.

No puede argumentarse que las acciones de estado cuya imprescriptibilidad no están expresamente previstas, le sea aplicable la norma general del art. 4023 C.C., pues esta norma establece la prescripción decenal de acciones personales por deudas exigibles salvo disposición especial y para interponer acciones de nulidad de los actos jurídicos, si no estuviese previsto un plazo menor; razón por la cual ninguno de los supuestos encaja en la caracterización de acciones de estado.’

‘...ya que, cuando la nulidad es absoluta, y por lo tanto inconfirmable, la acción tendiente a su declaración es imprescriptible. Por lo tanto, jamás puede prescribir la acción tendiente a dicha determinación filial con la consecuencia... de la nulidad de la adopción plena y de la invalidez en las anotaciones efectuadas en el registro de estado civil...’

La concesión de la adopción plena de una menor que se enunció como abandonada cuando no se hallaba en tal situación y falseándose los datos relativos al lugar, tiempo y modo en que comenzó la guarda, fue otorgada en fraude de la ley y como tal su nulidad es absoluta. La circunstancia de que se haya necesitado de una larga investigación de hecho, porque el vicio no aparecía como manifiesto no impide que una vez constatado se declare su nulidad absoluta; lo que sucede, técnicamente, es que no puede hablarse de acto nulo,

sino de acto anulable, pero dicha anulabilidad es absoluta, pues se está afectando el orden público y se dicta ante la necesidad de proteger el orden social.”¹⁵

Hasta ese momento la adopción plena establecida por la ley 19.134 era irrevocable. El menor perdía todo vínculo con su familia biológica, pasaba a integrar la familia adoptiva y ni él ni su familia de origen podían acceder a modificar la sentencia dictada, ni revertir la situación dada.

Dicho logro significó:

El principio de aplicación de una orientación doctrinaria del Derecho que instaba a considerar al menor como un sujeto de derecho en sí mismo y no como un objeto del derecho de los adultos y la aplicación por primera vez de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Una orientación del Derecho de Familia dirigida a afianzar el derecho a la identidad como un derecho natural y, en consecuencia, de orden público.

Una orientación del Derecho a priorizar las convenciones internacionales adecuando la normativa interna a las mismas.

La sentencia en las tres instancias confirmó que las adopciones de los menores víctimas del terrorismo de Estado son nulas de nulidad absoluta porque fueron hechas en fraude a la ley.

Acción en la Justicia. - Aspecto jurídico:

En el ámbito del Derecho, tanto en fueros nacionales como internacionales se refleja nítidamente la dimensión cualitativa que en lo doctrinario y jurisprudencial adquirió esta temática.

“En el orden nacional, la reforma de la Constitución nacional en 1994, con la incorporación del artículo 75 inciso 22 (jerarquía constitucional de los Tratados internacionales de Derechos Humanos) a la misma, y posteriormente a la entrada en vigencia de la ley 23.264 con sus reformas al Código Civil a partir de 1985, el dictado de varias leyes nacionales con trascendencia en materia de filiación, como por ejemplo la sanción de la ley 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, son buena muestra de ello.

La Convención sobre los Derechos del Niño expresa en su artículo 2.1: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales", y en el artículo 2.2: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

La Convención sobre los Derechos del Niño va, en forma expresa, más allá de la consagración del principio básico de la igualdad, en cuanto a la filiación. Especial jerarquía ostentan los artículos 7 y 8. El artículo 7 establece que: "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 cuidados por ellos.

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 en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apartida".

El artículo 8 determina que: "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

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".

En la Convención figuran además: el derecho a no ser separado de los padres (art. 9.1); el derecho a exponer su opinión libremente en los asuntos que lo afecten cuando esté en condiciones de formarse juicio propio y a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, por sí

mismo o por un representante u órgano apropiado (art. 12); el derecho a la privacidad y a la honra (art. 16); a la integridad física y mental (art.19).

También se relacionan con el estado de hijo el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.1); el derecho a la libertad (idem, art. 7.1); el derecho a la protección de la familia (idem, art. 17). La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 16.3 dispone que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En el orden internacional, es dable destacar la receptividad y repercusión de las causas donde los delitos cometidos en contra de los menores víctimas de desaparición forzada se consideran delitos de lesa humanidad. En consecuencia, se ha llegado a sancionar al Estado Argentino por la violación de los pactos internacionales preexistentes en los casos concretos del tratamiento de las causas de los hijos de los detenidos-desaparecidos.

La ley 23.511/87 reviste importancia fundamental en materia de prueba de filiación. Creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (B.N.D.G.) con la finalidad de obtener y almacenar la información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de los conflictos planteados con respecto a la filiación. La ley dispone dónde funcionará el servicio respectivo: en el de Inmunología del Hospital “Carlos S. Durand” de la ciudad de Buenos Aires, de la cual depende, el que prestará sus servicios gratuitamente (art. 1º). Su función, que reviste mayor importancia, es la de producir informes y dictámenes técnicos y la de realizar pericias genéticas a requerimiento judicial (art. 2º, ic. b). El artículo 3º sugiere una cierta especialización en las funciones del B.N.D.G. dispone que: “Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el B.N.D.G., podrán recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se reconozcan a ese efecto en el decreto reglamentario. La muestra de sangre deberá extraerse en presencia del cónsul argentino, quien certificará la identidad de quienes se sometan al análisis. Los resultados debidamente certificados por el Consulado Argentino, serán remitidos al B.N.D.G. para su registro”. Idénticos alcances

limitativos podrían deducirse del art. 5º: “Todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del B.N.D.G. La acreditación de identidad de las personas que se sometan a las pruebas biológicas conforme con las prescripciones de la presente ley, consistirá en la documentación personal y, además, en la toma de las impresiones digitales y de fotografías, las que serán agregadas al respectivo archivo del B.N.D.G., el que centralizará los estudios y análisis de los menores localizados o que se localicen en el futuro, a fin de determinar su filiación, y los que deban practicarse a los presuntos familiares. Asimismo conservará una muestra de la sangre extraída a cada familiar de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, con el fin de permitir la realización de los estudios adicionales que fueron necesarios”.

El artículo 6º enumera otros estudios que el B.N.D.G. puede disponer: investigación del grupo sanguíneo, investigación del sistema de histocompatibilidad, investigación de isoenzimas eritrocitarias, investigación de proteínas plasmáticas.

La mayor complejidad se desprende del artículo 4º: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las enseñanzas científicas y experiencias en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al B.N.D.G. admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El B.N.D.G. también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales”.¹⁶

Acción en la ciencia - Aspecto genético:

La enorme implicancia social, filosófica, psicológica y biológica de la identidad, hacen de ella un tema de máxima importancia en la sociedad moderna.

“Desde un punto biológico, la identidad se define como una secuencia particular de ADN. Esta determina una estructura definida en sí misma y determina, también, las reacciones biológicas producto de su expresión.

La principal característica de la identidad biológica es que es estable e invariable en el tiempo.

Hasta 1970 inclusive, muchos científicos creían que con las técnicas existentes (grupos sanguíneos, proteínas del plasma y antígenos eritrocitarios) se podía excluir la paternidad de un hombre sobre determinado niño, pero nunca se podría probar una paternidad con un alto grado de certeza. Cuando se empezó a utilizar la técnica de HLA (antígenos de histocompatibilidad) quedó en evidencia que era posible probar un determinado vínculo biológico.

Actualmente, utilizando el HLA junto al polimorfismo del ADN, se puede llegar a probabilidades de 1 contra 1000 millones de que un hombre comparta al azar un determinado patrón genético con otra persona sin que exista un vínculo biológico. En otras palabras, sólo existirían en todo el mundo 6 personas que tuvieran ese patrón genético por azar.

Los seres humanos poseemos individualidad biológica, lo cual permite diferenciar a una persona de otra. Dicha individualidad se debe a la combinación única de un 50 % de los genes paternos con un 50 % de los genes maternos en la fecundación. Por lo tanto, la individualidad biológica está determinada por el complemento genético de los progenitores y en un sentido mucho más amplio por el de los ancestros.

El conjunto de genes heredados por un individuo se denomina genotipo y la expresión de éstos se llama fenotipo. La molécula encargada de transmitir la información genética es el ácido desoxirribonucleico (ADN). Este domina todas las estructuras y funciones para el desarrollo y supervivencia de un organismo. Todas las células con núcleo del organismo poseen una copia de ADN, por lo que puede usarse para extraerlo: pelo, saliva, semen y generalmente células blancas de la sangre. Como se dijo anteriormente, el ADN es lo que nos hace químicamente únicos. Con excepción de los gemelos univitelinos (gemelos

originarios de un mismo óvulo), no existen dos personas iguales a nivel de la estructura química del ADN.

El B.N.D.G tiene la capacidad de implementar cualquier técnica que surja en el futuro para la identificación de personas.

Cuando se empezó a trabajar en el año 1984 en el B.N.D.G. se realizaban para determinar la identidad de una persona las siguientes técnicas:

- Grupos Sanguíneos
- Proteínas plasmáticas
- Enzimas eritrocitarias
- Antígenos HLA

Las tres primeras son muy útiles para excluir un vínculo biológico, pero por sí mismas no podrían dar una inclusión. Por ejemplo: si un niño es grupo sanguíneo 0Rh + y su padre alegado también es 0Rh +, no se puede concluir que el sujeto es el padre del menor ya que el 66% de la población es 0Rh+. Pero si el padre alegado es 0Rh -, sí se puede excluir la paternidad de ese hombre.

Estas tres técnicas unidas a los antígenos HLA permiten llegar a un rango de exclusión del 99,9%. Los antígenos de histocompatibilidad (HLA) fueron descubiertos por el profesor francés Jean Dausset. Su función en el organismo es la de identificar las células propias del cuerpo y a los organismos invasores. Cuando reconoce algo como ajeno activa el sistema inmune contra esa partícula. Es por esta razón que se estudia el HLA en los trasplantes de órganos para saber si son compatibles con su receptor.

Los antígenos HLA se encuentran anclados en las membranas de las células hacia el exterior. Se encuentran en todas las células nucleadas del organismo y su estudio generalmente se hace sobre los glóbulos blancos que se extraen de una muestra de sangre.

Es bastante lógico pensar que si la función es la de reconocer lo "propio" de lo "ajeno" estos antígenos tienen que ser muy variables de una persona a otra. El sistema HLA es el más polimórfico que se conoce y está codificado por los genes del complejo mayor de histocompatibilidad que se encuentran en el brazo corto del cromosoma 6. Su herencia es mendeliana (50% del padre y 50% de la madre) y la frecuencia poblacional de estos antígenos está muy bien estudiada en nuestro país. Entonces, el sistema HLA, se basa en la transmisión hereditaria de los antígenos, proteínas que cada persona tiene recibidas del padre y de la madre cuyo estudio permite la determinación positiva de la paternidad y la maternidad con un nivel de certeza que puede llegar al 99,85 %.

A partir de 1989, el B.N.D.G. implementa el estudio del polimorfismo del ADN para la identificación de menores y posteriormente también empezó a realizar el estudio del ADN mitocondrial (gránulo presente en el citoplasma de todas las células), este tipo de pericia permite determinar tanto la maternidad o paternidad como otros parentescos consanguíneos más lejanos. Según opinión de destacados científicos, este tipo de prueba o estudio o sistema supera totalmente a las técnicas bioquímicas anteriores que, en su comparación, parecen métodos primitivos. El ADN alcanza virtualmente la certeza absoluta.”¹⁷

El ordenamiento legal. Los aportes de las pruebas científicas.

“El reconocimiento doctrinario y jurisprudencial sustentado por los descubrimientos y avances científicos y tecnológicos en muchos casos sorprendentes repercute de tal manera que puede válidamente sostenerse que ha perdido prácticamente sentido la *exceptio plurium concubentium*, (defensa que consiste en probar que la madre del hijo cuya filiación se reclama ha tenido relaciones sexuales con otro u otros hombres durante la época de la concepción) como también vigor la posesión de estado con sus tradicionales *nomen, tractatus* y *fama*, elementos éstos antes importantísimos que aparecen en la actualidad como meramente corroborantes.”¹⁸

“Los avances de la ciencia y de la tecnología marchan frecuentemente por delante del Derecho, y en este caso la aplicación del mismo reside en las consecuencias de esos descubrimientos y ante la incontrastable -hasta el desarrollo actual- certeza casi absoluta –99,9998% de ser el padre biológico del menor comparado con otro hombre elegido de la población general en forma no seleccionada en el caso- torna jurídicamente consagrado el triunfo de la pericial biológica.

Esta victoria se manifiesta no sólo en la eficacia, sino en la flexibilidad con que se aplican las reglas procesales sobre oportunidad y disponibilidad.

Los esfuerzos de juristas y científicos están destinados a atender el derecho fundamental de todo ser humano: conocer su real identidad para el supuesto de desconocimiento o reconocimiento erróneo por parte de sus progenitores.

Dos leyes nacionales muestran la intención del legislador en la materia:

1º) La ley 23.264 incorpora al articulado del ordenamiento civil el criterio legal de que las pruebas pueden ser decretadas de oficio o a pedido de partes (art. 253 código civil), sin que exista condicionamiento alguno para ello.

Señala Lloveras, que la vigente legislación jerarquiza y privilegia de esta manera la prueba del nexo biológico.

Bajo esta pauta pueden expedirse como medidas de mejor proveer, incluso fuera del período probatorio ordinario con el fundamento de la indispensabilidad del estado de familia agregado al interés social en la averiguación de la verdad, que no se encuentra sólo al servicio de un interés privado, pues a la comunidad le interesa asegurar el derecho a obtener el emplazamiento filial, que constituye un derecho a la personalidad.¹⁹

2º) La ley 23.511 del Banco Nacional de Datos Genéticos que originariamente tuvo como beneficiarios a los familiares de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, ofreciendo la oportunidad de obtener los servicios de ese Banco y poder esclarecer su identidad.”²⁰

El art. 4 de la ley 23.511 (1987) establece: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese

verosímil o razonable, se practicará el examen genético que ser valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia."

Resulta interesante destacar como las distintas provincias van adhiriéndose a la presente ley, entre ellas la Provincia de Santa Fe por ley 11.132 y 11.326, que hace hincapié en la problemática económica, disponiendo que en los procesos de filiación la Corte Suprema de Justicia tomara a su cargo el costo total de los estudios de histocompatibilidad (HLA) y de inmunogenética (ADN) cuando su realización fuere indispensable para el resultado del juicio, hayan sido ordenados judicialmente y el obligado al pago actúe con beneficio de pobreza, o pruebe sumariamente su insolvencia. Dichos gastos serán imputados a las partidas asignadas al Poder Judicial.

“Hoy se tiene una solución técnica que permite llegar a la verdad. En el ánimo del juez debe estar siempre presente que lo que se procura es esclarecer la realidad biológica. Asimismo el derecho de conocer a los progenitores, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de esa verdad.

No puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico para la prueba de la filiación por parte de un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas. La investigación de la filiación sirve directamente a fines constitucionales. La Constitución y los tratados internacionales no pueden ser involucrados para negarse a rendir esa prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas.”²¹

“Se trata de lograr -en la medida de lo posible- que el vínculo de filiación que une a dos personas se fundamente en un lazo biológico existente entre ellas. Es decir, hacer posible, y gracias a los avances logrados por las pruebas biológicas, el descubrimiento de la verdad sobre el origen personal.

La importancia que cobra la pericia biológica al soportar un grado de certeza próximo al 100% ha convertido a las distintas acciones de filiación en un juicio con preponderancia pericial, y únicamente ante la falta de ésta se recurrirá a otros elementos de prueba.”²²

Al método ADN, se lo ha calificado como *probatio probatissima*. El método en sí es más exacto que cualquiera de los exámenes bioquímicos tradicionales. Esto se debe a que esta pericia se dirige directamente al código de la vida, al ADN. No busca identificar indirectamente a los individuos sellando ciertas diferencias, que varían de uno a otro dentro de cada especie. El ADN es el que a su vez genera esas diferencias.

La conducta procesal de las partes, y más precisamente la negativa a someterse a las pericias biológicas hematológicas, tiene reelaboración constante por parte de los jueces.

“Sancionada la ley 23.511, la actitud obstruccionista de no querer afrontar los exámenes hematológicos, sin oponer una respuesta científica seria a los mismos, hizo considerarla una omisión jurídica relevante y de alguna forma ilegítima.

Por ejemplo:

- a) “La respuesta que da el método HLA a la determinación de la paternidad es tan concluyente que quien se niega a someterse al mismo se coloca directamente en la situación de que se dicte sentencia en su contra. Dicha solución encuentra su apoyo en la ley 23.511 que organiza el Banco nacional de Datos Genéticos, que establece en el artículo 4º que la negativa a someterse a los exámenes y análisis constituirá indicio contrario a la posición sustentada en el renuente.”²³
- b) “La negativa a someterse al estudio pericial en juicio de filiación en la que no sólo está comprometido el interés personal de las personas involucradas, sino la sociedad toda, tiene peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios que puedan analizarse.”²⁴ ²⁵

Fundamentación científica de las pruebas biológicas

El fundamento de la admisión de la prueba biológica es corroborado por los porcentajes mencionados (entre un 96% y un 99,9996%) pero reside en su

fundamentación científica. La Suprema Corte de Justicia de la Nación expresa que el HLA tiene particular relevancia por la importancia de la investigación en que se apoya y por la índole de los exámenes que exige.

En alguna especie fue preciso poner en evidencia un hecho obvio: los exámenes necesarios para obtener las muestras destinadas al peritaje son indoloros, inofensivos, atraumáticos, no comportan ningún riesgo para la salud ni ofenden al que se encuentra sometidos a ellos.

“La jurisprudencia tuvo oportunidad de erigir a la prueba genética de la filiación como única prueba de la paternidad demandada. En un fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 85,22-2-95, E.D. 163- 77, el tribunal se remitió directamente al resultado de la prueba genética, “los resultados de la pericia de ADN, una vez analizados y dando un margen de probabilidad del 99,99% de certeza, sin ser impugnada, determinan la solución del conflicto teniendo en cuenta los restantes elementos de convicción aportados.

Existe, de acuerdo a ciertas pautas, un principio reconocido fundado en la admisibilidad de la evidencia científica irrefutable, basado en los siguientes puntos:

- a) La teoría genética de HLA y ADN ya no corresponde al campo experimental.
- b) Los métodos de detección son controlables y además de seguros son realizados con razonable felicidad.
- c) Existen tablas de frecuencia de genes adaptadas a la raza y al lugar geográfico de la investigación.
- d) Puede realizarse un adecuado control de calidad en cuanto a los procedimientos, materiales y equipos.
- e) Los estudios deben realizarse por expertos bien calificados.

Es posible, gracias a las investigaciones realizadas en el área de la biología molecular, determinar cual es la “huella” genética de cada individuo, la cual tendrá un patrón característico y exclusivo para el mismo y que constituirá la base genética de su identidad. A su vez, al comparar “huellas” de distintos individuos pueden confirmarse o descartarse lazos de parentesco entre los

mismos con un grado de certeza casi absoluta en el potencial identificador del material genético contenido en el ácido desoxirribonucleico (ADN).

Este avance motiva oportunamente la acordada 23/1992 de la Corte nacional por la cual se instrumenta la realización de los estudios de histocompatibilidad (HLA) y/ o de inmunogenética (ADN) cuando fuere indispensable para el resultado del proceso, sin costo para quien actúa con beneficio de litigar sin gasto. Similar disposición ha sido adoptada también en Santa Fe.”²⁶

Acción en el campo de la psicología.- Aspectos psicológicos:

(Las secuelas que deja la violación al derecho a la identidad)

Las ciencias de la conducta reconocen como propia la responsabilidad de señalar el daño a que han sido y siguen siendo sometidos los chicos apropiados. Simultáneamente están denunciando el daño a que ha sido sometida nuestra sociedad, realizando un aporte que se correlaciona con el accionar de la Justicia.

Desde la Psicología se ha advertido sobre el daño que produce en un niño la mentira en el inicio de su vida. Ello puede originar tanto trastornos psíquicos hasta la tercera generación, como enfermedades hereditarias en el plano físico.

“El aporte al esclarecimiento y resolución de problemáticas puntuales recibido de los dictámenes de peritos legales, es invaluable a la hora de resoluciones y fallos que se constituyen en antecedentes que van despejando el camino de una historia judicial que aún tiene mucho por recorrer.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Scacheri de López María Cristina s/denuncia, de octubre de 1987"²⁷ con la firma de los doctores Enrique S. Petrachi, Carlos S. Fayt, Jorge Antonio Bacqué y José Severo Caballero (según su voto), hace especial ponderación de las pericias practicadas por profesionales de la Psicología, y extrae de las mismas algunas ideas básicas:

En primer lugar, que "la presencia de circunstancias carenciales traumáticas en los meses iniciales de la vida puede dar lugar a la posterior aparición de patologías.”

Más adelante, cita textualmente el informe de peritos:

La necesidad "de ir configurando su propia historia sostenido por los adultos, es sustituida por la necesidad de los adultos que los lleva a imponer al niño una construcción mentirosa de su identidad" (fs. 515). "...Opiniones autorizadas dentro y fuera del país como las de Winnicott, A.Freud, P. Aulagnier, Aberasturi, etc., coinciden en afirmar los efectos patológicos que produce en el niño una crianza apoyada en la mentira. La mentira no es un hecho puntual, es una construcción, una red que engloba enunciados falsos, secretos y prohibiciones (conscientes e inconscientes), que circulan y se transmiten por todos los detalles de la crianza..."

"... Ahora bien, ¿qué sucede cuando en vez de una respuesta se le impone al niño un relleno falso destinado a producir un agujero en su memoria corporal? ¿Qué respuesta se le habrán podido dar sobre la muerte? ¿Cómo se puede organizar el psiquismo de una criatura con una prohibición a saber?..." (fojas. 518; 519)

"...el develamiento de la verdad constituyó la primera acción netamente reparadora. Esto no significa minimizar ni desconocer el proceso difícil y doloroso que debió atravesar y está atravesando Laura (menor damnificada). Pero es necesario diferenciar este tipo de sufrimiento que implica la elaboración y progresión que construye, de otros tipos de sufrimiento que llevan a la detención y a la desestructuración del aparato psíquico..." (Fojas 531 - 532, pericia del informe de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia)

"... lo expresado en los considerandos 10 a 14, indica que resulta de gran ventaja para la salud psíquica y desarrollo social y cultural de Laura Ernestina que prosiga, rodeada de mayor sensación de estabilidad, la experiencia de reconstrucción de su identidad en la que se encuentra inmersa. Esto, naturalmente, sin perjuicio de que el juez de la causa, asesorado por la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia, oportunamente establezca un contacto con la familia Cacace..."

En los considerandos de la sentencia de Primera Instancia dictada por el doctor Juan Ramos Padilla en la causa N° 6681 del registro de la Secretaría N° 2, Juzgado Federal de Morón, donde se investigan los delitos cometidos contra María José Lavalle Lemos, de enero de 1988, leemos:

"...en mi opinión - aplicable a cualquier niño que se incorpora a cualquier familia que ni sea la propia -, nadie puede apropiarse de la historia personal, familiar y social de un ser humano, compuesta de valores, pautas, creencias y normas de los padres que eligen y deciden como proyecto vital darle la vida a ese ser humano, y que conforman su identidad. En el caso de María José, esa apropiación de su origen y de su historia se ve agravada... por cuanto no sólo estos se le ocultaron, sino que también los mismos fueron falseados..." Dictamen a fojas 44 de la Licenciada Llambías, quien agrega: "...entiendo que una relación de padres-hijos que no se basa en el amor fundado en el respeto de la persona a quien se ama (en este caso un bebé recién nacido), sino en falsedades y ocultamientos, resulta sumamente perjudicial para la salud y desarrollo psicosocial de la niña..."²⁸

Reforma de la Constitución Nacional de 1994. Su influencia

Conflicto entre normas constitucionales originarias y normas constitucionales de fuente internacional.

“Hace un tiempo se decía que había costado mucho introducir en el plexo de derechos personales, con neto arraigo constitucional, el derecho a la identidad civil que significa el derecho a obtener el emplazamiento del estado de familia de los hijos en relación con sus padres, conforme al nexo biológico.”²⁹

Entre el conjunto de tratados y convenciones incorporados en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional por la Convención Reformadora, hay varios que contemplan aspectos de filiación. Conforme al texto constitucional “...en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

“Se modifican los términos planteados en el párrafo anterior pues ahora se abre el cuestionamiento frente a conflictos o antinomias entre normas constitucionales originarias y las de fuente internacional. De acuerdo a la parte final del mentado inciso 22, los documentos internacionales, se interprete o no que forman parte de la Constitución, valen como ella. La primera oración de esta norma conduce a sostener que, en la antinomia entre una norma constitucional y un precepto de la primera parte de la Carta Magna, ésta priva; por el contrario, en el conflicto entre una norma de fuente internacional y una constitucional de la segunda parte de la Constitución, es aquella la que merece preeminencia. La importancia de la primera observación formulada es especialísima porque encierra la inconstitucionalidad de la norma de fuente internacional implicada. En todo caso, ha de tenerse presente que los tratados deben conformarse con los principios de Derecho Público de la Constitución.”³⁰

“Desde el comienzo del debate jurídico sobre la integración supraestatal se ha planteado la necesidad de acoplar las normas internacionales al Derecho interno en un sistema único y coherente, con primacía del Derecho internacional sobre el local. Así se sostuvo la subordinación de la legislación argentina a los tratados internacionales celebrados por el país por vía de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (un Estado miembro no puede ampararse en sus normas internas para incumplir un tratado), doctrina que entiende se ratifica en el caso “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”³¹

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional e incorpora once tratados internacionales ya ratificados con anterioridad por el Congreso y vinculados con los derechos humanos, especialmente -para el tema en análisis- del Pacto de San José de Costa Rica el artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y la anteriormente citada Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8, fundamentan la viabilidad del estado filiatorio correcto desde la máxima jerarquía legal.

“Los autores se esfuerzan por establecer prioridades o paridades entre unas y otras, en una suerte de pauta valorativa previa para la mejor resolución de las controversias que su enfrentamiento pueda suscitar, y la dificultad es evidente por estar en juegos derechos y deberes con igual jerarquía normativa.”³²

“Entre los tratados internacionales y algún precepto de la primera parte de la Constitución se afirma que los tratados en las condiciones de su vigencia deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías que la propia Constitución reconoce.”³³

Afirma Sagüés que al expresarse que deben entenderse como complementarios “se patrocina una exégesis armonizante entre uno y otro material por lo que el operador constitucional deberá en lo posible amalgamar ambos órdenes de derechos y fabricar respuestas inspiradas en las pautas de compatibilización y no de oposición.”³⁴ Propicia al respecto, la doctrina de la opción preferencial por la fuente, tanto internacional como interna, que mejor favorezca a cada derecho. Aun así, concluye, “no puede desconocerse que el exegeta puede enfrentarse con contradicciones normativas y con incoherencia ideológicas acerca de la extensión y contenido de un derecho enunciado en la Constitución Nacional y parecido derecho descrito en un instrumento internacional.”³⁵

Los tribunales argentinos han argumentado la ‘complementariedad’ del derecho constitucional originario y el de fuente internacional. Bidart Campos enseña que, en lugar de esta cláusula que pareciera establecer una especie de reserva preservativa de la primera parte de la Constitución “debemos interpretar la sincronización recíproca de ella con los instrumentos internacionales, y viceversa”. Sustenta, al respecto, dos pautas liminares:

- a) “Una es la que sostiene que en un sistema de derechos humanos –para nuestro caso con dos fuentes nutricias: la interna y la internacional- cada caso concreto se debe resolver aplicando la norma que proviene de la fuente más favorable a la persona humana y a sus derechos;
- b) Otra es la que, obliga a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos en

los que el Estado es parte (o sea, los que están incorporados a su Derecho interno)”.³⁶

Según el distinguido constitucionalista, la primera pauta se desprende de varios tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a la Carta Magna. Subraya: “Estas normas de interpretación obligan a no aniquilar normas internas por efecto de normas internacionales, ni éstas por efecto de aquellas, y, lo que es más importante todavía, obligan a preferir la que rinde resultado más beneficioso...”³⁷

De la segunda pauta, afirma Bidart Campos que su efecto esclarecedor sobre el sistema de derechos recibe el aporte armónico de dos fuentes: la interna y la internacional. En consecuencia los derechos emergentes de la Constitución (primera fuente) han de interpretarse de acuerdo con los tratados de Derechos Humanos (segunda fuente).

“La combinación de una pauta con la otra –escribe–, conduce al principio de retroalimentación entre las dos fuentes, y converge a reafirmar que en ese arsenal de doble origen hay que buscar siempre la norma más favorable a cada caso en el que hay derechos humanos en juego”. Termina:”...la completitud del sistema de derechos requiere abastecerse desde y con las dos fuentes: interna e internacional, y hacer opción preferencial por la más favorable. Muy lejos, pues, de toda colisión [...] ninguna norma de cualquiera de ambas fuentes obstaculiza, neutraliza o vuelve inocua a otra u otras, porque cada una y todas tienen valor o vigencia, y requieren una interpretación que las concilie en vez de oponerlas entre sí.”³⁸

El conflicto que la jurisprudencia ha registrado con singular frecuencia es el planteado entre los derechos a la intimidad, la integridad física, la libertad, la defensa en juicio, ante la exigencia de la prueba hematológica, en concreto, ante el derecho a la identidad.

El derecho a la integridad física no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Nacional ni de la Provincia de Santa Fe. Pero está presupuesto en ellas.

“El artículo 6° de la Constitución Provincial, asegura tanto para los nacionales como para los extranjeros, la vigencia de los derechos y garantías que

reconocen la Constitución Nacional y la misma Provincial, inclusive aquellos no previstos en ambas. Se trata de los ‘derechos implícitos’ o ‘no enumerados’ que emergen del artículo 33 del texto nacional. El texto santafesino es más amplio, pues el mentado de la Carta Magna Nacional se refiere a los derechos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno mientras que la Constitución Provincial se refiere a los que nacen de los principios que inspiran una y otra Constitución.

Hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución Nacional deben ser considerados garantías implícitas, comprendida en el artículo 33 de la Carta Magna y merecedoras del resguardo y protección que aquélla depara a las explícitamente consignadas.

Es preciso considerar si el reconocido derecho a la integridad física es tan preeminente que desplace a otros. Esta idea es inadmisibles porque entonces tal derecho se convertiría en ilimitado; repugnando al propio concepto de derecho subjetivo que es por sí limitado, pues todo lo que está jurídicamente garantido está también jurídicamente limitado”.³⁹

“El derecho a la identidad configura un derecho constitucional de fuente internacional. ¿Corresponde estimar que contradice otros derechos originariamente enumerados y que, en consecuencia, debe ceder ante ellos por el privilegio de los “Derechos, Declaraciones y Garantías”? ¿O corresponde, mejor, procurar armonizarlos ya que debe considerarse complementario de aquellos? Es evidente que reviste mayor “valiosidad”⁴⁰ el derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos e irrenunciables que el derecho a la intimidad del que tantos ejemplos de renuncia expresa o tácita puede mencionarse.”⁴¹

Por otra parte, el artículo 19 originario de la Constitución, impone respeto a las acciones privadas que ‘de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero’.

“La identidad es de orden público y la negativa a someterse al peritaje pone en riesgo el derecho del accionante con posible importantísimo daño. Y si se esgrime el derecho a la integridad física, no hay proporción entre el sacrificio

que acarrea la extracción de una gota de sangre y el despojo que se impone a quien no puede precisar su identidad.”⁴²

Graciela Medina prioriza el derecho a conocer la identidad biológica sobre los derechos a la intimidad y a la integridad física, niega proporcionalidad entre la pequeña intromisión a la vida privada y el derecho del actor a definir la filiación. Sostiene que incurre en abuso del derecho “quien pretende consagrar el derecho a la intimidad como un bill de indemnidad para evitar la determinación de la verdadera filiación.”⁴³

“En ese entendimiento, el derecho a la verdadera identidad es supralegal al haber ratificado el Estado argentino la Convención sobre los Derechos del Niño, con aprobación por ley 23.849 y a partir de la incorporación a la Constitución Nacional de 1994 en el artículo 75 inciso 22; en cualquier decisión judicial debe así considerarse, y al ser un derecho esencial conocer la ascendencia biológica no se conculcan los derechos y garantías de los artículos 18 (Garantías de la Libertad) y 19 (Privacidad) de la Carta Magna.”⁴⁴

Los dramas de conciencia y la extracción compulsiva de sangre

“La Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal –Sala 2º marzo, 24-2000, inédito- ordena la retención de los documentos filiatorios y la prueba hemática a los fines de determinar la verdadera identidad de una supuesta hija de desaparecidos, y para el caso que no otorgue el consentimiento para el acto pericial apuntado, la medida se concretará con el auxilio de la fuerza pública, confirmado lo resuelto por el juez a quo.

La retención de los documentos tiene su explicación en que revisten el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos (en el caso, los padres documentados como tales en relación a la hija cuya verdadera filiación trata de establecerse).

En cuanto a la exigencia obligatoria del peritaje, para el Tribunal resulta una diligencia complementaria de otras probanzas colectadas, cuya realización deviene razonable y pertinente, encaminada a la obtención de certeza de los

hechos que constituyen el objeto procesal de la investigación criminal, tomando como fundamento el principio de la proporcionalidad entre los bienes o derechos que pueden afectarse y el necesario beneficio que representa la prueba para la causa.”⁴⁵

La Cámara cita dos antecedentes de la Corte Suprema de la Nación: en uno se investiga la entrega a terceros de niños de corta edad, abandonados o sustraídos a padres, a cambio de una suma de dinero. “La Corte sostuvo que: no se advierte lesión alguna a la garantía constitucional que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 Const. Nacional). Tampoco observa afectación de otros derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación mínima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen, y con similares fundamentos rechaza el agravio referente a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva o intimidad del individuo, ya que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respecto de aquél, sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y el menor la víctima, esto es, afecta derechos de terceros (art. 19 Const. Nacional *a contrario sensu*).”⁴⁶

“La intromisión en el cuerpo que la medida importa, por no constituir una práctica humillante ni degradante, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en materia Penal de la Nación).”⁴⁷

“Encontrándose en juego el derecho a la identidad de la menor, no puede prescindirse de la jerarquía constitucional que inviste (arts. 33 y 75 incs. 22 y 23, Ley Fundamental).”⁴⁸

El otro precedente, donde estaba en juego la identidad de un menor de edad, el máximo Tribunal de la República dice que: “al no afectar la medida probatoria dispuesta –examen de histocompatibilidad– garantía constitucional alguna, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75 inc. 22 por la reforma del año 1994; circunstancia

esa que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por los compromisos asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor.”⁴⁹

“La Cámara Federal diferencia entre la calidad de “sujeto de prueba” y de quien es “objeto de prueba”, en el sentido de que la extracción de sangre es una medida en la cual el individuo es “objeto” del proceso y no “sujeto” del proceso.

Lo sorprendente del fallo es la obligación de prestar el propio cuerpo para realizar la prueba genética que, de cumplirse representaría un acto de violencia física, sin abreviar en el indicio contrario al renuente que específicamente surge del artículo 4º de la ley 23.511.

Se está frente a derechos fundamentales cuya protección cuentan con rango constitucional; a favor de los querellantes: la obtención de la verdad formal, la averiguación de la real identidad; para la persona que debe y no quiere someterse a la pericia: el derecho a la libertad de conciencia, a la intimidad, su integridad física.

¿Tiene prelación el derecho de los abuelos a conocer la identidad biológica de su posible nieta sobre los derechos también constitucionales a la intimidad y a la integridad física de esa persona? ¿Debe darse idéntica respuesta cuando la negativa parte de los que ejercen la patria potestad del menor?

Desde antiguo la Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieron provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material -la sangre a extraerse- (doctrina de Fallos: 255:18 y sus citas).

Lo cierto es que con la negativa se priva a los probables parientes consanguíneos de su derecho a producir prueba idónea a fin de arribar a la verdad, ejerciendo por propia decisión, un señorío sobre la prueba, además de lesionarse los deberes de colaboración, lealtad y buena fe exigidos a las partes en el proceso. Deberes que surgen de la ley, no pudiendo ser invocada para excepcionarse la parte final del artículo 19 de la Constitución Nacional que

establece el principio de legalidad: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe.

Como principio general, al ser el estado de familia estable o permanente, está significando que las relaciones jurídicas que él determina no pueden transformarse por imperio de la autonomía privada.”⁵⁰

“El principio constitucional del debido proceso no implica transformar a la actuación ante los tribunales en un ámbito donde no interese la verdad jurídica ni la conducta de los litigantes.

El artículo 19 de la Constitución Nacional consagra la protección jurídica de la vida privada, incluyendo el derecho fundamental a la intimidad. Pero ésta tiene límites establecidos, unos en función de la seguridad del Estado, otros en base al bienestar general y, asimismo, ante el ejercicio de derechos por parte de terceros.

No parece razonable desvincular el Derecho de los avances científicos que pueden contribuir al efectivo reconocimiento de las justas y legítimas pretensiones de los ciudadanos. La eficacia y la justicia que se le reclaman al Derecho exigen no dar la espalda a los aportes tecnológicos y científicos que pueden reforzar aquellas características.

El someterse a un simple, indoloro e inocuo procedimiento de extracción de sangre a los efectos de realizar el estudio genético, no conculca la intimidad corporal.

El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido como manifestación del respeto a la integridad física, no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, y porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según el sano criterio, violación del recato o pudor de la persona.

La práctica del examen genético tampoco vulnera ningún otro aspecto del derecho fundamental a la integridad física, dado que el procedimiento es

sumamente simple, no traumático y en absoluto degradante. La extracción de una mínima porción de sangre no afecta ni al cuerpo ni a la salud.

El instrumento probatorio (peritaje genético) aquí considerado es tal que, en él, la relación medio-fines aparece justificada por precedentes científicos y guarda notoria semejanza con otras probanzas, como la detección del engaño por la tensión arterial sistólica o la comparación de voces grabadas, todas paulatinamente aceptadas bajo el respeto de determinadas reglas.

Es procedente recurrir a cualquier medio de prueba en la investigación de una filiación. Por ello es incomprensible que la hematológica se considere alcanzada por la pauta que consagra la no obligatoriedad de proporcionar prueba a la parte contraria en un proceso. La relación procesal crea el deber de decir la verdad y la obligación de comportarse legalmente para ambas partes.

Es inconsistente la alegación de la violación de la privacidad, aceptable ante interferencias de los poderes públicos o aun de intervenciones ilegítimas de particulares en la esfera de otros, pero no afectada en el curso de un proceso judicial, que controla un órgano imparcial y en el que quieren hacerse valer facultades fundadas en normas (Cód. Civil, ley 23.511) de la misma jerarquía y valores de igual grado, de los que se afirma han sido vulnerados.

El derecho de toda persona a conocer su identidad de origen figura entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que deben ser considerados garantías implícitas aunque no estén consagrados expresamente en la Constitución. La preeminencia que se pretende dar a la integridad física atenta contra el derecho mencionado por cuanto la simple negativa a someterse a una prueba sin sufrir ninguna consecuencia frustraría éste derecho.

El derecho a la integridad puede ser “sacrificado” en virtud de intereses preponderantes. La mínima afectación a la libertad que entraña el acatamiento de las pruebas biológicas es de entidad menor a la que puede derivar del hecho de que el interesado, en razón de la mentada negativa, quizá jamás llegue a conocer su identidad de origen, lo que es un derecho sustancial.

En juicio de filiación, negarse a las pruebas biológicas en pro de la propia libertad contradice los fines del derecho. La razonabilidad de dicho ejercicio cede

ante el interés individual de conocer la propia identidad y ante el interés social que defiende el establecimiento de los vínculos familiares.”⁵¹

Ámbito del derecho Penal

Al determinar la identidad de un menor se debe investigar penalmente la infracción.

El Derecho Penal aún no ha legislado sobre la "desaparición forzada de personas", pero con relación al tema hay delitos contemplados:

Delito de supresión y suposición de estado civil, artículo 139 inciso 2: se impondrá prisión de 2 a 6 años al que por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y al que lo retuviere u ocultare.

Delito de privación ilegal de la libertad, artículo 142: se aplicará prisión de 2 a 6 años al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- si el hecho se cometiere con violencia o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
- si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se daba respeto particular;
- si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley no imponga una pena mayor;
- si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
- si la privación de la libertad durara más de un mes.

Delito de sustracción de menor, artículo 146: será reprimido con reclusión o prisión de 5 a 15 años el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

Delito de falsificación de documento público, artículo 292: el que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que

pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 6 años si se tratare de un instrumento público.

Si el documento falsificado o adulterado fuera de los destinados a acreditar la identidad de las personas la pena será de 3 a 8 años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

Delito de Falsificación ideológica de documento público, artículo 293: será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 6 años el que insertare o hiciera insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Dentro de los Tratados ratificados por la Argentina con jerarquía constitucional tenemos: la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII, ratificada por Argentina por decreto n° 6286 del 9-4-56.

Y la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, realizada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos establece en su artículo VII: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. La práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.”

Los juicios contra los militares argentinos

“En diciembre de 1989 se promovió un juicio (ante el Juzgado Federal Contencioso Administrativo del Dr. Osvaldo Guglielmino) contra el Estado

Nacional para que informe "Que hizo por los desaparecidos y con los desaparecidos".

Posteriormente se iniciaron dos procesos penales.

El proceso por sustracción de menores (en el mes de diciembre de 1996 ante el Juzgado Federal Penal del Dr. Bagnasco) y el proceso por privación ilegal de la libertad contra militares indultados (en el mes de octubre de 1997 ante el Juzgado federal Penal del Dr.Literas).

En ambos los jueces intervinientes pudieron dictar prisiones preventivas (hay nueve militares en esta condición: Jorge R.Videla, Emilio Massera, Rubén Franco, Antonio Suppisch, Antonio Vañeck, Jorge "Tigre" Acosta, Héctor Febres, Reynaldo Bignone y Cristino Nicolaides, y siete de ellos han sido procesados) y aplicar penas.

Proceso por sustracción de menores

El proceso por sustracción de menores se puede llevar a cabo porque este delito está excluido de los beneficios de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y del Indulto. Esta exclusión permitió el juzgamiento de muchos militares. Se sostiene en esta querrela que existió una práctica sistemática con respecto a las embarazadas que eran trasladadas a centros clandestinos de detención y de tortura y sus hijos sustraídos y sustituida su identidad.

En el Proceso a los Comandantes 13/84 se los absolvió del delito de sustracción de menores "porque este delito se ha demostrado sólo en forma ocasional..."negando así la existencia de una práctica sistemática."

Se demostró la existencia de muchos casos de menores secuestrados con sus padres o nacidos durante el cautiverio de sus madres en centros clandestinos de detención, refutando así el argumento de la Cámara.

En la demanda promovida en 1989 se localizó en un organismo militar un documento titulado "Instrucciones sobre procedimientos a seguir con menores de edad hijos de dirigentes políticos o gremiales cuando sus progenitores se encuentran detenidos o desaparecidos", (Ministerio del Interior, abril de 1977). Este documento demuestra que la sustracción de menores hijos de desaparecidos fue prevista por los autores del plan criminal llevado a cabo desde el Estado.

Como dice la sentencia dictada en la causa "...los autores inmediatos no pudieron ejecutar los delitos ordenados si no se los hubiera provisto, por orden de los comandantes de los medios necesarios para ello. La ropa, los vehículos, el combustible, las armas, las municiones, los lugares de alojamiento de cautivos, los víveres... constituyeron un auxilio imprescindible para la ejecución. Más aún, hubo otra circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales y que sólo los procesados pudieron proporcionar: la impunidad". Se prueba así que el aparato criminal fue también utilizado para el delito de sustracción de menores.

Todos y cada uno de los acusados tuvieron capacidad de decisión en el funcionamiento del sistema represivo, por las altas jerarquías que desempeñaron.

Proceso por privación ilegal de la libertad contra militares indultados.

El Decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo indultó a los altos jefes militares que quedaban procesados por no estar amparados por la ley de Obediencia Debida. Los acusados que fueron incluidos en dicho decreto de indulto; se hallaban procesados por los delitos de privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado.

El ausente por desaparición forzada es, según las leyes 24321⁵², 24411⁵³ y su modificatoria, una persona jurídicamente viva que tiene la totalidad de los derechos.

La comisión del delito de privación ilegal de la libertad no ha cesado luego de dictado el decreto de indulto: sus víctimas continúan desaparecidas.

Por lo tanto, los efectos del indulto sólo pueden tener vigor desde el momento del hecho (aprehensión inicial de la víctima) hasta la fecha del indulto.

El tramo posterior (desde el indulto hasta el presente) está sujeto a acción penal. No existe ni puede existir ningún indulto ni disposición legal aplicable anticipadamente a conductas criminales que subsisten hasta el presente.

La querrela se limita sólo a los jefes militares que se encontraban procesados por el delito de privación ilegal de la libertad - entre otros - ante la

Cámara Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital.”⁵⁴

Prescripción en el ámbito del Derecho Civil y en el ámbito del Derecho Penal

La calificación legal de los delitos cometidos son delitos de lesa humanidad porque fueron cometidos al amparo del terrorismo de Estado.

En el ámbito del Derecho Civil no hay prescripción porque las acciones de Estado de familia son imprescriptibles.

En el ámbito del Derecho Penal, por tratarse de delitos continuados o permanentes, tampoco hay prescripción dado que el delito cesa sólo cuando el menor/ adulto recupera su identidad. La “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, establece que los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Acciones desde el Estado Nacional

Creación de la COMISIÓN NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD (CONADI)

De todas las secuelas que dejó el terrorismo de Estado, la que más llega a la sensibilidad colectiva es la de los desaparecidos. Paradójicamente, es la que resume, también, la esperanza de la sociedad: poder reparar, en partes, los tiempos del horror. La mayoría de aquellas criaturas están vivas y pueden ser recuperadas.

Son las Abuelas de Plaza de Mayo, constituidas como Asociación desde 1977, quienes encarnan un movimiento social que a lo largo de su existencia impone en la sociedad la conciencia del Derecho a la Identidad, trascendiendo su rol de víctimas para señalar, desde todas las disciplinas (científica, jurídica, psicológica, etc.) la necesidad de reparar el daño ocasionado por el terrorismo de Estado.

En ese marco, en sus reclamos al Estado, solicitan en julio de 1992 la creación de una Comisión Técnica especializada.

La CONADI se crea en noviembre de 1992, inaugurando una novedosa forma de trabajo conjunto entre una ONG y el Estado Argentino.

Su objetivo de origen, la búsqueda y localización de niños desaparecidos durante la última dictadura militar, se vio rápidamente superado ante las denuncias sobre robo, tráfico de menores, despojo a madres en situaciones límites y adultos con su identidad vulnerada. El objetivo inicial se amplió por ser el único ámbito del Estado Nacional especializado y dedicado a la temática de garantizar el derecho a la identidad.

El velar por el cumplimiento de los artículos 7 y 8 de la Convención Internacional por los Derechos del Niño (llamados los artículos argentinos) condujo a poner en evidencia una forma de sometimiento de nuestra niñez en la

que los hijos de desaparecidos y los hijos de mamás en estado de indefensión social, generalmente menores de edad, comparten mecanismos de despojo en común en los que se arrebató la identidad tratando al niño como un objeto.

Por disposición N° 1328/92 de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, se crea una Comisión Técnica, destinada a impulsar la búsqueda de niños desaparecidos y con identidad conocida y de niños nacidos de madres en cautiverio, y aportar al cumplimiento del compromiso asumido por el Estado Nacional a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en lo atinente al derecho a la identidad.

Posteriormente, la resolución 1392/98 del Ministerio del Interior crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, con las mismas funciones y conservando la conformación de la comisión precedente, esto es:

- dos representantes del Ministerio Público:
 - uno por la Procuración General de la Nación
 - uno por la Defensoría General de la Nación.
- dos representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y
- dos representantes del Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales.
- El Subsecretario de Derechos Humanos y Sociales preside la Comisión.

El artículo 5° de dicha resolución autoriza a la Comisión a requerir colaboración y asesoramiento del Banco Nacional de Datos Genéticos y solicitar a dicho Banco la realización de pericias genéticas.

Ya bajo la órbita del Ministerio de Justicia, la resolución N° 83 de esta gestión ratifica en todos sus términos el contenido de la originada en Interior, "en particular en lo relativo a misión y objetivos de la mencionada Comisión, y en cuanto a su facultad de requerir al Banco Nacional de Datos Genéticos asesoramiento, colaboración y/o realización de pericias genéticas en los casos en que corresponda". Asimismo, en su artículo 2° recomienda a la Subsecretaría otorgar especial prioridad a la Comisión.

En septiembre del año 2001 se sancionó la Ley 25.457⁵⁵, por la que el Parlamento refuerza la jerarquía de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En los fundamentos de la presentación del proyecto de ley, el Ejecutivo había puntualizado su propuesta "... tiende a dotar a la citada Comisión de los medios necesarios para cumplir sus metas a nivel nacional y cooperar de un modo eficaz en pos del compromiso asumido por el Estado nacional al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales que hacen de la identidad y de la verdad derechos inalienables de las personas..."

Deja establecido, además, que es deber del Ejecutivo Nacional y del área específica de gestión a nivel nacional en materia de derechos humanos, multiplicar esfuerzos con el objeto de agotar las instancias oficiales en la búsqueda de la verdad e identificación de niños y adultos desaparecidos. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cuenta con autoridad y jerarquía suficientes como para hacerlo con aprovechamiento operacional de los recursos estatales y con pleno alcance a todos los puntos de nuestro país. (Mensaje 481/01 del Poder Ejecutivo Nacional).

Ley 25.457 ⁵⁶

Área de investigación:

La CONADI está a cargo del registro de los hechos denunciados ante la Comisión y de la iniciación del legajo correspondiente. Gestiona toda la documentación vinculante y realiza las entrevistas indispensables para tomar conocimiento pleno de cada caso.

Evalúa y analiza los elementos existentes a fin de considerar los pasos a seguir y tramita a través del área correspondiente la documentación pertinente. (registros nacionales, provinciales, Cámara Nacional Electoral, hospitales, clínicas, juzgados, etc.)

Lleva adelante las investigaciones de campo dispuestas y redirecciona el estudio hacia nuevas líneas que proporcionen la ampliación de datos que revelen y esclarezcan los mismos (base de datos de parteras y médicos, maternidades

clandestinas, determinación de la identidad de embarazadas que sólo figuran por apodo, etc.)

Asimismo, a partir de la implementación de las Leyes 24.321⁵⁷ (ausencia por desaparición forzada) y 24.411⁵⁸ (beneficio para los causahabientes de víctimas de desaparición forzada), realiza un trabajo de articulación con las áreas sustantivas de la Subsecretaría, actualizando la información incorporándola a los archivos.

Específicamente en el caso de menores, su actualización es de significativa importancia para la localización de niños desaparecidos sin la correspondiente denuncia.

Presta asesoramiento a través de entrevistas personalizadas previamente convenidas a adultos en búsqueda de su identidad biológica.

Área de asesoramiento jurídico:

El asesoramiento jurídico esta relacionado con cada caso particular. La Asesoría Legal entrevista personalmente a quienes así lo requieren y dictamina en consecuencia.

Gestiona ante la autoridad correspondiente el desarchivo de causas y copias de las mismas, en caso de ser necesaria la obtención de antecedentes. Sobre la base de la información obrante en el expediente elabora la estrategia jurídica.

Con respecto a la restitución de identidad, si el menor está inscripto como propio se aconseja iniciar acción penal. Si está adoptado, acción civil de nulidad de adopción. Todo lo anterior, previo análisis inmunogenético.

En el caso de tratarse de adoptantes de buena fe, desconocedores del despojo, se intenta mediación antes de ir a juicio.

En los casos de menores que conozcan su verdadera identidad, se aconseja iniciar una acción de filiación.

También compete al área la realización de dictámenes jurídicos sobre el tema, así como la representación de la Comisión en encuentros, seminarios y

cursos jurídicos. Se asesora a profesionales y funcionarios que requieran antecedentes sobre cuestiones de identidad.

Esta área actúa coordinadamente con la Procuración General de la Nación y la Asesoría de Cámara que integran la Comisión, siendo una importante herramienta la designación de Fiscales "ad litem" en las causas bajo fuero Federal.

Área genética:

Todos los casos denunciados, posibles hijos de desaparecidos o tráfico-robo de menores, luego del pasaje por las áreas antes mencionadas, serán resueltos indefectiblemente a través de los análisis inmunogenéticos, único método de confirmación científica que permite incluir o excluir con certeza al joven en su familia biológica.

Esta Comisión, con el acuerdo del asesor de Menores de Cámara y a solicitud del joven presentante, ordena y solicita por oficio al Banco Nacional de Datos Genéticos el análisis correspondiente y su posterior entrecruzamiento con la información obrante en dicho Banco.

Es trabajo del área el relevamiento de los familiares que integran cada grupo familiar a estudiar en el B.N.D.G. Implica entrevistas personales en diversas provincias del país donde se domicilian cada uno de ellos, el asesoramiento y la realización de cada árbol genealógico, señalando al respecto la posible reconstrucción de información genética de cada familiar fallecido.

Esta área es también la responsable de coordinar con el B.N.D.G. las medidas necesarias para tomar muestras hemáticas en todo el país a familiares que por problemas de salud, avanzada edad y/o falta de recursos económicos se encuentran imposibilitados de concurrir al B.N.D.G. del Hospital Carlos G. Durand, en relación a jóvenes a identificar y familiares de desaparecidos (fallecidos) que se encuentran inhumados como N.N.

Se efectúa asimismo el acompañamiento y contención de los jóvenes y de cada familiar que concurre al B.N.D.G.

Las tres áreas realizan intervenciones en conferencias, seminarios, talleres, cursos, etc., a solicitud de distintas entidades del ámbito nacional e internacional.

Organismos de gobierno vinculados a la CONADI

La Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad establece y articula vínculos permanentes con las siguientes organizaciones gubernamentales:

- Registro Nacional de las Personas.
- Registros Provinciales.
- Consejo del Menor y la Familia.
- Cámara Nacional Electoral.
- Procuración General de la Nación (Miembro).
- Asesoría de Menores de Cámara (Miembro).
- Juzgados Civiles y de Menores Nacional y Provincial.
- Departamento de Derechos Humanos de la Cancillería.
- Juzgados Federales.

Principales Obstáculos

"Considerando que la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad es el único organismo gubernamental de alto grado de especialización y trayectoria acreditada en la materia y que el progresivo incremento de denuncias por el tema que nos ocupa, no tiene efectivo correlato en una necesaria adecuación de competencias y de ampliación y mejoramiento de infraestructura, debieran promoverse acciones tendientes a consolidar la actuación de ese organismo.

Ello resulta indispensable si se acepta que el único medio verdaderamente idóneo para establecer el vínculo madre-hijo es la prueba genética".⁵⁹

La falta total de recursos, materiales y de personal, son los obstáculos centrales con los que nos tropezamos al momento de efectuar las tareas en las distintas áreas de la comisión.

El avance de las actividades de investigación se encuentra restringido por la falta de recursos necesarios.

Las investigaciones que lleva adelante la Comisión, no sólo se sustentan con la información obrante en la Subsecretaría, sino que suponen la búsqueda permanente de datos, las más de las veces proporcionados por distintos organismos, sean éstos de la órbita oficial (información documental) o de ONG's de Derechos Humanos (información testimonial).

Se torna indispensable disponer de los medios necesarios para contactar personalmente a los familiares y testigos de los casos investigados. Esto debe hacerse para posibilitar completar datos relativos al desaparecido, incluir la denuncia de los familiares si hiciera falta, conformar el árbol genealógico del grupo, prever los traslados de familiares para realizar los análisis ante el Banco Nacional de Datos Genéticos o la coordinación con el equipo del área genética para que un extraccionista del mismo se traslade a los distintos puntos del país para la realización de los análisis inmunogenéticos.

De la misma manera en que se fueron ampliando los datos de nuevos casos no denunciados de embarazadas, existe una proyección que eleva el número de posibles casos si se amplía la investigación en distintos puntos del país. Esto supone establecer contacto con los sobrevivientes en cada zona, la reconstrucción de las desapariciones y la localización de los familiares.

Los datos obtenidos son procesados en bases de datos para su entrecruzamiento, esta es una de las tareas que se ven dificultadas por la falta de infraestructura informática.

Los equipos con los que cuenta actualmente la CONADI son obsoletos, no permiten la incorporación de grandes caudales de datos, impiden el enriquecimiento informativo y carecen de posibilidades de comunicación (módem) y de incorporación de fotografías (escáner).

La difusión del Derecho a la Identidad desde el Estado y la existencia, atribuciones y actividades de la Comisión, son una tarea pendiente.

Algunos fallos y resoluciones

Análisis: *Compulsividad de la prueba inmunogenética.*

La compulsividad del análisis inmunogenético es materia debatible aún hoy tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.

G- 449- XXXI, "Garfunkel Marcos y otra s/ supresión de estado civil" ⁶⁰

(antes "Guarino, Mirta Liliana s/querella").

Damián Abel Cabandie y Alicia Elena Alfonsín de Cabandie, para entonces embarazada, fueron privados de su libertad en noviembre de 1977 y conducidos a distintos centros clandestinos de detención donde la última dio a luz un varón en marzo de 1978. Guillermo Hugo Garfunkel habría nacido el 20 de abril de 1978, según surge de la partida y el certificado de nacimiento obrantes a fs. 72/73, 95. Ello habría ocurrido en el domicilio de Marcos Garfunkel y María Mandel de Garfunkel, quienes sostuvieron que se trataba de su hijo biológico y negaron que el menor fuese víctima de sustracción, retención o alteración de su estado civil.

El fiscal solicitó la realización de un examen inmunogenético a la familia Garfunkel tendiente a confirmar o descartar la hipótesis del parentesco del menor con el querellante, prueba que a su juicio era indispensable. El juez de instrucción accedió al requerimiento "por ser una medida de carácter conducente a los efectos de determinar si Guillermo Hugo Garfunkel tiene relación de parentesco con el aquí querellante" y dispuso "la realización del examen de histocompatibilidad respecto de Guillermo Garfunkel, María Mandel de Garfunkel y Marcos Garfunkel" (fs. 276). El menor Guillermo Hugo Garfunkel presentó un escrito mediante el que manifestó su negativa a la realización de esa prueba.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución impugnada sobre la base de que en autos se investigaba la posible comisión de los delitos que prescribe el art. 146 del Código Penal y que la medida dispuesta tendía a acreditar si el menor guardaba vínculos de sangre con quienes decían ser sus progenitores, los que no

podían oponerse a ella debido al conflicto de intereses generados con la víctima al ser los posibles victimarios, y porque la medida guardaba proporcionalidad, y estaba sometida al control judicial.

La Corte Suprema ya ha establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada en la causa H. 91 XXIV "H., G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias", fallada el 4 de diciembre de 1995, "...que no se observa la afectación de derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad, y la persecución del crimen..."

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que al no afectar la medida dispuesta garantía constitucional alguna, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994; circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

La prueba ordenada aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor Garfunkel; medidas como la decretada en este caso concreto "debe entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el fin y el objeto de todo proceso".

En este caso la Corte Suprema resolvió: declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la resolución apelada.

Buenos Aires, 27 de diciembre de 1996.

Vistos los autos: "Guarino, Mirta Liliana s/querrela".

Considerando:

Que Damián Abel Cabandie y Alicia Elena Alfonsín de Cabandie, para entonces embarazada, fueron privados de su libertad en noviembre de 1977 y

conducidos a distintos centros clandestinos de detención donde la última dio a luz un varón en marzo de 1978.

Por otra parte, Guillermo Hugo Garfunkel habría nacido el 20 de abril de 1978, asistido por la partera Rosa Petitto (ya fallecida, fs. 127/128), según surge de la partida y el certificado de nacimiento obrantes a fs. 72/73, 95. Ello habría ocurrido en el domicilio de Marcos Garfunkel y María Mandel de Garfunkel, quienes sostuvieron que se trataba de su hijo biológico y negaron que el menor fuese víctima de sustracción, retención o alteración de su estado civil.

Que a fs. 270 el fiscal solicitó la realización de un examen inmunogenético a la familia Garfunkel tendiente a confirmar o descartar la hipótesis del parentesco del menor con el querellante, prueba que a su juicio era indispensable y que debía llevarse a cabo aún sin el consentimiento de aquellos, quienes se habían negado a someter al menor a la producción de tal examen, pues en algunos de los delitos que se investigaban -la alteración del estado civil y la falsedad ideológica de su partida de nacimiento (arts. 139, inc. 2º, 292 y 293 del Código Penal)- el bien jurídico protegido era el estado civil de la víctima, el menor Grafunkel, y quienes ostentaban su patria potestad no podrían oponerse a la medida por ser posibles autores de esos delitos. La querella se adhirió a esa petición.

Que el juez de instrucción accedió al requerimiento "por ser una medida de carácter conducente a los efectos de determinar si Guillermo Hugo Garfunkel tiene relación de parentesco con el aquí querellante" y dispuso "la realización del examen de histocompatibilidad respecto de Guillermo Garfunkel, María Mandel de Garfunkel y Marcos Garfunkel" (fs. 276).

Los datos genéticos del grupo familiar del querellante, Vilfredo Avelardo Cabandié, ya obraban en el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 64).

El 28 de diciembre de 1994 el menor Guillermo Hugo Garfunkel -ya apelada la resolución por la defensora oficial- presentó un escrito mediante el que manifestó su negativa a la realización de esa prueba (fs. 284), al igual que el matrimonio Garfunkel quien hizo reserva del caso federal (fs. 285).

Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución impugnada sobre la base de que en autos se investigaba la posible comisión de los delitos que prescribe el art. 146 del Código Penal –será reprimido con prisión de 5 a 15 años el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare-, que la medida dispuesta tendía a acreditar si el menor guardaba vínculos de sangre con quienes decían ser sus progenitores, los que no podían oponerse a ella debido al conflicto de intereses generados con la víctima al ser los posibles victimarios, y porque la medida guardaba proporcionalidad, estaba sometida al control judicial y constituía una exigua afectación de los derechos de los sujetos pasivos dentro del marco de la coerción estatal en el procedimiento criminal (fs. 307/308).

Que contra dicha decisión la defensora oficial, en representación del menor Guillermo Hugo Garfunkel, interpuso recurso extraordinario por entender que se habían conculcado sus derechos a la intimidad, a la salud, a la integridad física y a la libre determinación, por falta de causa y fundamento fáctico o jurídico en la medida dispuesta, que constituiría en sí misma una violación a la garantía de la defensa del juicio, y por considerar que se hallaba en juego la inteligencia de una ley federal, la 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. Sostuvo que la medida probatoria no aparecía como verosímil o razonable porque no surgía de la causa ningún elemento que la sustentase, tal como había ocurrido anteriormente con otro grupo familiar, respecto del cual la misma prueba había confirmado la paternidad biológica, y que de seguirse el criterio investigativo de esta causa se crearía un estado de inseguridad jurídica toda vez que se encontraría cuestionada la filiación de todos los niños nacidos en fecha aproximada al nacimiento del que se pretende (fs. 311/315).

El remedio federal fue concedido en virtud de hallarse en juego la inteligencia acordada a diversas garantías constitucionales.

Que este Tribunal ha establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada en la causa H. 91 XXIV "H., G. S. y otro s/apelación de medidas probatorias", fallada el 4 de diciembre de 1995, "...que no se observa la afectación de derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad, y la persecución del crimen..."

Que por ese motivo y al haber quedado firme la medida de extracción de sangre respecto de Marcos Garfunkel y María Mandel de Garfunkel por no haberla éstos impugnado, sólo resta examinar el agravio de la representante del menor referente a la falta de fundamento de la prueba a partir de las constancias de la causa.

Que, en principio, debe dejarse en claro que el empleo de la coacción estatal no se dirige, en este caso, a los eventualmente imputados de los delitos investigados, con lo cual no puede considerarse que pueda existir relación alguna entre la medida ordenada y el principio de inocencia vigente en nuestro sistema penal.

Que, por último, en el precedente supra citado, esta Corte ha establecido que al no afectar la medida dispuesta garantía constitucional alguna, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994; circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que en las particulares circunstancias sub lite

la prueba ordenada aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor Garfunkel; a lo que cabe agregar que la propia defensora oficial, en su memorial ante la cámara, sostuvo que medidas como la decretada en este caso concreto "debe entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el fin y el objeto de todo proceso".

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la resolución apelada. Hágase saber, agréguese copia del precedente citado y devuélvase.

Firmado: Julio S. Nazareno- Carlos S. Fayt- Augusto César Belluscio- Enrique S. Petracchi- Antonio Boggiano- Gustavo A. Bossert.

Análisis: *Los niños desaparecidos y la Justicia.*

Filiación - Derecho Civil -

Teniendo en cuenta que el derecho a la identidad es de orden público, expongo una sentencia que, desde el ámbito del derecho civil, se pronunció en ese sentido, otorgando la filiación biológica a una menor víctima del terrorismo de Estado.

"Acosta, Lidio Juan y Laura F. Acosta c/ Galarza, María de los Milagros Molinas de s/Impugnación y reclamación de filiación"⁶¹

Laura fue secuestrada con su madre María Dolores Vargas en octubre de 1977 cuando tenía casi tres años. La mamá, continua desaparecida, el padre, Lidio Juan Acosta, ex preso político, recobró su libertad en 1983.

Laura fue criada por una familia que la había recibido, creyendo que era una sobrina, también desaparecida, de nombre Paula.

Después de muchos años en que las averiguaciones y las gestiones fueron innumerables, finalmente, se llegó a la conclusión de que el camino a seguir era realizar los análisis de histocompatibilidad, que se practicaron en el Banco

Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand de la Capital Federal, los que dan una inclusión de la joven analizada superior al 99% con la familia Acosta Vargas, por los análisis inmunogenéticos pudo certificarse que ella era Laura Acosta y no otra.

Lidio Juan Acosta promueve acción de estado de familia tendiente a obtener el título de estado del cual carece su hija Laura Fernanda Acosta, quien es a la fecha de la presentación que hace, mayor de edad y en ese carácter también suscribe de conformidad el escrito;

Adoptada como Paula Andrea Molinas Porporatto por María de los Milagros Molinas de Galarza, quien tuvo el convencimiento -por error de hecho excusable- que daba amparo a la hija de su hermano.

El fallo del Tribunal declara la real identidad biológica y jurídica de Laura Fernanda Acosta (accede a la demanda) y ordena que se le otorgue el documento nacional de identidad que le corresponde.

Fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 3 (Santa Fe, 16 de mayo de 1997) sobre "Acosta, Lidio Juan y Laura F. Acosta (fs. 37) c/Galarza, María de los Milagros Molinas de s/Impugnación y reclamación de filiación".

Secretaría.Tomo XVI.Resolución N° 181.

Folios 466, 467, 468 y 469 [o fs. 162 a 165]

AUTOS Y VISTOS: estos caratulados "Acosta, Lidio Juan y Laura F. Acosta (fas. 37) c/Galarza, María de los Milagros Molinas de s/Impugnación y reclamación de filiación" - Expte. N° 601 - F° 262 - año 1995 - tramitados ante la Primera Secretaría del Tribunal Colegiado N° 3 de Familia - de los que

RESULTA: Que Lidio Juan Acosta, con patrocinio letrado, promueve acción de estado de familia tendiente a obtener el título de estado del cual carece su hija Laura Fernanda Acosta, nacida en la ciudad de Santa Fe el 15 de setiembre de 1974, fruto de su unión con María Dolores Vargas, esta última desaparecida; dice que la acción que promueve pretende se declare la correcta filiación sanguínea de Laura Fernanda Acosta como hija suya y de María Dolores Vargas; agrega que

su hija Laura Fernanda Acosta es a la fecha de la presentación que hace, mayor de edad y en ese carácter también suscribe de conformidad el escrito; que no obstante como padre se encuentra legitimado para promover esta acción ya que se trata de recuperar todos los atributos inherentes a su paternidad; que se trata de recuperar todo el plexo de derechos y deberes que componen la relación paterno-filial; que ha comenzado a ser padre de hecho y quiere serlo de derecho; que su hija al adherir a los términos de su reclamo peticiona también su filiación consanguínea legítima con sus efectos propios entiende que este Tribunal es competente por imperio del art. 66 inc. 1) de la Ley N° 10.160 estimando también aplicables al caso los artículos 4 in fine y 5 inc. g) del C.P.C.C.; que la acción se promueve contra María de los Milagros Molinas de Galarza con domicilio en Urquiza 2565 de la ciudad de Rosario en tanto es quien adopta bajo adopción simple a su hija, y quien la introduce, por error de hecho no imputable, en el estado de familia que él se propone modificar por la presente acción; que aclara desde el inicio la dignísima personalidad de la demandada y de su esposo el Dr. Eugenio Galarza, quienes han criado como padres en la mejor acepción de la palabra a su hija y que han colaborado en la angustia, con eficacia, para develar el drama de su equivocada identidad; que la exigencia de la bilateralidad del proceso lo dirigen a entablar la demanda contra quien entitula el estado de familia que pretende revocar; que también sería parte el Agente Fiscal; detalla luego las particularidades del caso: dice que la acción que promueve tiene su causa y explicación en la historia reciente de nuestro país donde la desaparición forzada de personas y la pérdida de identidad de los hijos de tales personas han signado con su carga de dramaticidad la convivencia de los argentinos; que por lo tanto no ha podido encontrar precedentes doctrinarios ni jurisprudenciales que lo ilustren sobre el camino que emprende; que cuenta con la colaboración de la contraparte y descuenta la amplitud de criterio de este Exmo. Tribunal para la correcta elucidación del caso y su calificación legal; relata como hechos; que el día 15 de setiembre de 1974 nació en Santa Fe Laura Fernanda Acosta; que el día 12 de marzo de 1974 había nacido también en Santa Fe, Paula Andrea Molinas Porporatto, hija de Francisco Antonio Molinas y María Guadalupe Porporatto de Molinas; que en ese mismo año de 1974, el compareciente fue detenido por

razones políticas en esta ciudad de Santa Fe, manteniendo contacto con su compañera María Dolores Vargas y con su hija hasta el año 1977; que mientras tanto, en el año 1975, muere María Guadalupe Porporatto de Molinas y su padre, Francisco Antonio Molinas lleva a su hija Paula Andrea Molinas Porporatto, al hogar de los esposos Eugenio Galarza y María de los Milagros Molinas de Galarza, tíos de Paula Andrea; que luego de aproximadamente diez meses, Francisco Antonio Molinas busca a su hija y la lleva a vivir con él y su nueva pareja a la Provincia de Córdoba; que tiempo después, bajo la dictadura militar que asoló nuestro país, desaparece Francisco Antonio Molinas y posteriormente su pareja, quedando a vivir la menor Paula Andrea con los padres de esta última, sin que ello fuera conocido por la familia Molinas, la familia Porporatto ni por los esposos Galarza Molinas; que en el interín él permaneció privado de libertad y en el año 1977 perdió todo contacto con su pareja María Dolores Vargas, la que desaparece y permanece en tal condición (desaparición forzada de personas), y junto con ella, su hija Laura Fernanda Acosta; que en mayo de ese mismo año, en la Sección Cuarta de la Comisaría de San Isidro aparece perdida una niña sin identidad, de tres a cuatro años de la cual se desconocen sus datos; que el hecho es publicitado por el diario La Razón el día 22 de mayo de 1977 y esto llega a conocimiento del Dr. Alberto José Molinas, abuelo de Paula Andrea Molinas Porporatto, quien toma contacto con el juez a cargo del Tribunal de Menores N° 9 de la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires; cree reconocer en esta niña a su nieta desaparecida; que a fin de obtener mayor certeza de tal identidad recurre a su hija María de los Milagros Molinas de Galarza (quien la había tenido viviendo con ella unos dos años antes); que todas las circunstancias físicas de la niña extraviada llevaron al convencimiento al Dr. Molinas y a su hija que esta niña era su nieta Paula Andrea Molinas Porporatto, y ello determina que el día 6 de junio de 1977 el Juez de Menores ya mencionado entregue a la niña a su pretensa tía, María de los Milagros Molinas de Galarza, y posteriormente, el 18 de noviembre del mismo año, confirma el régimen de vida de la menor bajo la guarda de sus supuestos tíos Galarza-Molinas; que con posterioridad, el 25 de abril de 1979, en los autos "Molinas / Porporatto, Paula Andrea s/adopción simple" sentencia pasada en la ciudad de Rosario, se hace lugar a la adopción

simple de la supuesta Paula Andrea Molinas Porporatto a favor de su también supuesta tía, María de los Milagros Molinas de Galarza, con los efectos de ley; que corresponde aclarar que la niña que aparece perdida en la seccional policial de San Isidro, que luego es entregada por el juez de menores y adoptada por María de los Milagros Molinas de Galarza, no era en realidad la niña Paula Andrea Molinas Porporatto, sino su hija, Laura Fernanda Acosta, quien ha tenido un emplazamiento en el matrimonio Galarza Molinas y se le concedió una filiación adoptiva consecuencia de un error de hecho no imputable a los protagonistas y de buena fe; que el 11 de julio de 1981 recuperó él su libertad y desde entonces inició la búsqueda de su mujer María Dolores Vargas, y de su hija Laura Fernanda; que interpuso recurso de hábeas corpus ante el Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Santa Fe, denunció la situación ante los organismos de derechos humanos y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación; que al tiempo requirió la colaboración de las Abuelas de Plaza de Mayo; que todas esas gestiones resultaron infructuosas ya que nunca se pudo determinar ni el lugar ni la fecha de desaparición de su compañera y de su hijita; que en el año 1993, en el hogar del Dr. Alberto Molinas, General López 2876 de esta ciudad de Santa Fe, se apersonó una joven proveniente de la provincia de Córdoba, explicando que por razones un tanto fortuitas había descubierto su identidad y que decía ser hija de su hijo, Francisco Antonio Molinas y de su mujer María Guadalupe Porporatto de Molinas; que el estupor de esta familia fue transmitido a los esposos Galarza-Molinas que creían haber adoptado a esta misma niña y que vivía con ellos en Rosario; que ante la duda sobre la identidad de ésta última, también recurrieron a las Abuelas de Plaza de Mayo para tratar de develar si la niña que ellos habían criado a partir de la entrega efectuada en el Tribunal de Menores de San Isidro, era o no Paula Andrea Molinas Porporatto; esta niña tenía una identidad, documentos, había cursado estudios secundarios e ingresado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; que como en los archivos de la organización humanitaria ya mencionada existían los antecedentes de la búsqueda que él efectuaba, luego de un laborioso cotejo de tales archivos se llegó a la conclusión de que el camino a seguir era realizar los análisis de histocompatibilidad, que se practicaron en el Banco Nacional de Datos Genéticos

del Hospital Durand de la Capital Federal, los que dan una inclusión de la joven analizada superior al 99% con la familia Acosta Vargas, realizándose los análisis a su hija, al suscripto y a miembros de su familia consanguínea y miembros de la familia de su compañera y madre de Laura Fernanda, la familia Vargas; que en síntesis, la menor criada en el seno de los esposos Galarza Molinas como Paula Andrea Molinas Porporatto, y con esa identidad, es en realidad su hija Laura Fernanda Acosta. Al exponer el derecho en que se funda su pretensión, dice que ese estado de familia aparente es de derecho, que existe posesión de estado sin título a ello; que el mismo está viciado pues se ha reconocido como hija a quien en realidad no lo es; que no responde a la realidad de la filiación sanguínea con que Laura Fernanda Acosta fue adoptada; que el emplazamiento es falso por error de hecho sobre la identidad de la persona; que la falta de reclamación de estado por prolongada que fuera no hace perder dicho estado; que la acción que impetra es de filiación derivada de la realidad biológica toda vez que tiende a hacer concordar los vínculos jurídicos con los biológicos; que el pronunciamiento que se dicte tendrá efectos declarativos y retroactivos al momento en que comenzó la situación jurídica que la acción trata de modificar; que además tendrá efectos concretos sobre realidades que soporta la hija, su documento de identidad a partir del cual están expedidos sus títulos de escuela primaria y secundaria y cursa estudios en la universidad, ofrece prueba documental, informativa, pericial y de reconocimiento personal y peticiona que en su hora, haga lugar a la acción impetrada;

Que a fs. 35 se presenta Laura Fernanda Acosta, con patrocinio letrado, y dice que son ciertos los extremos de hecho y estima aplicable el derecho invocados en la demanda deducida por su padre Lidio Juan Acosta, tendiente a obtener el título de estado de familia del que se encuentra privado, adhiriendo por tanto a la demanda y solicitando se haga lugar a la misma, sin costas;

Que al contestar la demanda con patrocinio letrado, María de los Milagros Molinas de Galarza se allana a la misma en virtud del derecho que invoca el actor

para que oportunamente sea declarada la filiación sanguínea de Laura Fernanda Acosta;

Que por decreto del 15 de abril de 1996 se convocó a las partes a audiencia para la vista de causa ordenándose la producción de las pruebas ofrecidas, y realizado el acto, previo dictamen de la Defensora General, se pusieron los autos a resolución; y

CONSIDERANDO: Que Lidio Juan Acosta y Laura Fernanda Acosta comparecen ante el Tribunal en acción de ejercicio del estado que biológica y judicialmente les corresponde en procura de tutela de su individualidad familiar, estando ambos legitimados para reclamar al órgano jurisdiccional el goce de sus respectivos estados de familia, los que surgen del testimonio del título de estado glosado a fs. 154, conforme al cual Lidio Juan Acosta es el padre reconociente de Laura Fernanda Acosta, y ésta su hija (artículos 240, 247 y 248 del Código Civil; artículo 24 del decreto-ley 8204/63);

Que la privación del goce de los derechos subjetivos -y cumplimiento de los deberes correlativos-, que les corresponden a los accionantes como persona y en virtud de su emplazamiento familiar, se debe en su origen a circunstancias de hecho ocurridas en un período histórico de la Nación en el que la desaparición forzada de personas motivó, como en el caso en examen, la pérdida de la identidad de los hijos de esas personas; tal lo acontecido con Laura Fernanda Acosta, adoptada como Paula Andrea Molinas Porporatto por quien tuvo el convencimiento -por error de hecho excusable- que daba amparo a la hija de su hermano (confrontar fs. 110 y 111), adopción hoy revocada (fs. 159 y 159 vta.).

Que el devenir de los acontecimientos, tal como los relata Lidio Juan Acosta en su demanda, y la verosimilitud de tales hechos, tienen suficiente corroboración en la abundante prueba documental producida y agregada a los autos (fs. 17, 18, 24, 25 y 26; fs. 50 a 96; 110 y 111; fs. 118, 119, 120, 121, 122);

Que además resulta prueba decisiva el resultado de la investigación del polimorfismo del ADN realizado por el Banco Nacional de Datos Genéticos en el Hospital Durand de la ciudad de Buenos Aires en el grupo humano constituido por Lidio Juan Acosta y quien, bajo los nombres de su documento acreditaban transitando su vida de relación, Paula Molinas, se dijeron padre e hija alegados (fs. 124 a fs. 149), concluyendo los peritos genéticos en que la probabilidad de paternidad de Acosta, Lidio Juan con respecto a la niña Molinas, Paula es del 99,9999965%, dictamen que contribuye científicamente a dar certeza moral que la denominada Paula Molinas no es otra persona que Laura Fernanda Acosta, hija biológica de Lidio Juan Acosta y de María Dolores Vargas (fs. 154);

Que el Tribunal está obligado a restablecer en Laura Fernanda Acosta los atributos correspondientes a su estado de familia de hija resultante de su emplazamiento natural y jurídico en aplicación de los principios directivos que le imponen la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (artículos 2, 7, 8 y cc.); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambas de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22); las normas sobre filiación contenidas en el Código Civil y preceptos concordantes y el artículo 1º de la Ley n° 18.248;

Que las costas del proceso deberán ser soportadas en el orden causado (art. 251 inciso 1º del C.P.C.C.),

Por estas consideraciones, normas de derecho sustancial citadas y artículos 64 y 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 10.160, el Tribunal Colegiado de Familia N° 3;

RESUELVE: Declarar que, la real identidad biológica y jurídica de quien se nomina PAULA ANDREA MOLINAS PORPORATO, con DNI n° 23.738.197 es la siguiente: LAURA FERNANDA ACOSTA, sexo femenino, nacida el 15 de setiembre de 1974 en Santa Fe, Departamento La Capital, Provincia de Santa Fe, República Argentina, inscripción de nacimiento n° 698-B, DNI n° 24.050.662, hija de Lidio Juan Acosta (DNI n° 11.234.636) y de María Dolores Vargas (DNI n° 11.903.55[?]).

Ordenar se otorgue a Laura Fernanda Acosta el documento nacional de identidad que le corresponde N° 24.050.662.

Autorizar a Laura Fernanda Acosta a oficiar a toda entidad en que hubiere actuado como Paula Andrea Molinas Porporato, para que se tome debida razón de este decisorio y se proceda a corregir los nombres, si así se solicita, sustituyéndoselos por los que aquí se ha declarado que le corresponden.

Costas por su orden.

Protocolícese, agréguese copia, notifíquese.

Firmado: Dra. Mirtha Liliana Pautasso de Claurro- Dra. María Rosa Lorenzo de Ferrando- Dr. Julio Luis Gómez- Dr. Emilio R. Bagilet

Análisis: *Fallos Internacionales. Obligación del Estado de devolver identidad.*

Cuando Abuelas de Plaza de Mayo entiende agotada la instancia interna recurre al Derecho Internacional. Así surgió la primera y única condena al Estado argentino que se produjo en un caso de Abuelas, que incluyó junto a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Naciones Unidas, 27 de abril de 1995.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos CCPR/C/53/D/400/1990

62

Resumen: “La autora de la comunicación es Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, presenta la comunicación en su nombre y en nombre de su nieta, Ximena Vicario, nacida en la Argentina el 12 de mayo de 1976, y que tenía 14 años de edad en el momento de la presentación de la comunicación. Afirma que

ambas son víctimas de violaciones por la Argentina de los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 14, 16 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a Ximena Vicario y su abuela, observa que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de esas actuaciones aún no se encuentran terminadas.

El Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño.

El Comité de Derechos Humanos, basándose en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que le han sido presentados ponen de manifiesto que la Argentina ha violado lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto.

En relación con las violaciones del Pacto que tuvieron lugar, el Comité insta al Estado Parte a que persevere en sus esfuerzos encaminados a investigar la desaparición de niños, establecer su verdadera identidad, proveerlos de documentos de identidad y pasaportes a su verdadero nombre, y conceder prontamente la debida reparación a ellos y a sus familias.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CCPR/C/53/D/400/1990

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reunido el 3 de abril de 1995, habiendo concluido el examen de la comunicación N° 400/1990, presentada al Comité de Derechos Humanos por Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, en su nombre y en nombre de su nieta Ximena Vicario, con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito las autoras de la comunicación, el abogado de ambas y el Estado Parte, aprueba el siguiente dictamen a tenor de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

La autora de la comunicación es Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, ciudadana argentina nacida en 1925 y actualmente residente en Buenos Aires. Presenta la comunicación en su nombre y en nombre de su nieta, Ximena Vicario, nacida en la Argentina el 12 de mayo de 1976, y que tenía 14 años de edad en el momento de la presentación de la comunicación. Afirma que ambas son víctimas de violaciones por la Argentina de los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 14, 16, 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por un abogado. El Pacto y su Protocolo Facultativo entraron en vigor para la Argentina el 8 de noviembre de 1986.

Los hechos expuestos por la autora:

1. El 5 de febrero de 1977, la madre de Ximena fue conducida junto con la niña, que entonces tenía nueve meses, al Departamento Central de la Policía Federal en Buenos Aires. Su padre fue detenido al día siguiente en la ciudad de Rosario. Los padres desaparecieron posteriormente, y aunque la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) investigó su caso a partir del mes de diciembre de 1983, nunca se ha podido dar con su paradero. Las investigaciones iniciadas por la propia autora condujeron al fin, en 1984, a la localización de Ximena Vicario, que residía entonces en casa de la enfermera S. S., quien afirmó haberse ocupado de la niña desde su nacimiento. Los análisis de sangre genéticos (histocompatibilidad) demostraron, con una probabilidad del 99,82%, que la niña era nieta de la autora.

2. A la luz de lo anterior, el fiscal ordenó la prisión preventiva de S.S., por considerársela sospechosa de haber cometido los delitos de ocultamiento de menor y falsificación de documentos, sancionados por los artículos 5, 12, 293 y 146 del Código Penal argentino.

3. El 2 de enero de 1989 se concedió a la autora la guarda "provisional" de la niña, pero S.S. solicitó inmediatamente derechos de visita, que le fueron concedidos por sentencia de la Corte Suprema el 5 de septiembre de 1989. En la misma sentencia, la Corte Suprema falló también que la autora no podía ser parte en el expediente tutelar, puesto que según el artículo 19 de la Ley N° 10903, sólo los padres y tutores pueden intervenir directamente en la causa.

4. El 23 de septiembre de 1989 la autora, basándose en informes psiquiátricos sobre los efectos de las visitas de S.S. en Ximena Vicario, pidió al tribunal la suspensión de dichas visitas. La petición fue rechazada por falta de legitimación. Apelada, esa decisión fue confirmada el 29 de diciembre de 1989 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires. La autora sostiene que con ello se han agotado los recursos internos disponibles y efectivos. Añade que sería posible presentar nuevas apelaciones en juicio civil, pero sostiene que este procedimiento sería injustificadamente prolongado, hasta el punto de que Ximena Vicario podría muy bien haber alcanzado la mayoría de edad legal cuando se llegara a un fallo definitivo. Además, mientras no concluyan los procedimientos judiciales pertinentes, su nieta debe seguir llevando el nombre que le diera S. S.

La denuncia:

1. La autora afirma que las resoluciones judiciales emitidas en el caso violan el artículo 14 bis de la Constitución argentina, que garantiza la protección de la familia, así como los artículos 23 y 24 del Pacto. Se dice además que someter a la niña a las visitas regulares de S.S. entraña una forma de servidumbre "psicoafectiva" involuntaria, en violación del artículo 15 de la Constitución argentina y del artículo 8 del Pacto. Además, la exclusión de la autora como parte en el expediente tutelar es considerada contraria al principio de la igualdad ante la ley, garantizado por el artículo 16 de la Constitución argentina y los artículos 14 y 26 del Pacto.

2. La autora afirma también que hay violación de los derechos de su nieta que, según afirma, es sometida a una forma de tortura psicológica cada vez que la visita S.S., en violación del artículo 7 del Pacto. Otras presuntas violaciones del Pacto atañen al artículo 16, en cuanto toda persona tiene derecho a ser reconocida como tal ante la ley, con derecho a una identidad, un nombre y una familia, señalándose que mientras no concluyan los procedimientos judiciales Ximena Vicario debe seguir llevando el nombre que le diera S.S., lo que constituye una violación de su derecho a una identidad. Además, la incertidumbre acerca de su identidad legal le ha impedido obtener un pasaporte a su verdadero nombre.

3. La autora sostiene que la obligación de aceptar las visitas de S.S. viola los derechos de su nieta con arreglo al artículo 17 del Pacto, que debería proteger a Ximena Vicario de toda injerencia arbitraria en su vida privada. Además, la autora considera que las visitas de S.S. y su exclusión como parte en el expediente tutelar de Ximena Vicario constituyen una violación de su propio derecho a la vida privada. Se sostiene que no se está observando el artículo 23, que protege la integridad de la familia y a los niños, ya que se expone permanentemente a Ximena Vicario a una situación psicológicamente ambigua.

Observaciones del Estado Parte y comentarios de la autora:

1. El Estado Parte, tras recapitular la cronología de los hechos, reconoce que con la desestimación de la apelación de la autora el 29 de diciembre de 1989, esta última ha cumplido en principio los requisitos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. No obstante, señala el "carácter provisional" de las decisiones judiciales en los procedimientos de adopción y tutela; tales decisiones pueden apelarse, y a menudo lo son, ya sea por la aparición de nuevas circunstancias y hechos o a raíz de la reevaluación de las circunstancias por las autoridades competentes encargadas del asunto.

2. El Estado Parte señala que en el caso de la autora han salido a la luz nuevas circunstancias de hecho y jurídicas que requerirán actuaciones y decisiones jurídicas adicionales, y que éstas a su vez pueden brindar a la autora un recurso

interno eficaz. En este orden de cosas, el 13 de febrero de 1990 el Fiscal Federal encargado de la investigación de los casos de hijos de personas desaparecidas presentó una denuncia ante la Corte Federal de Primera Instancia, registrándose dicha denuncia con el número de expediente A-56/90. El 16 de septiembre de 1990 el Fiscal presentó un informe de un profesor de psicología clínica juvenil de la Universidad de Buenos Aires en el que se analizan las consecuencias de las visitas de S.S. para la salud mental de Ximena Vicario; en el informe se recomienda que se revise el régimen de visita.

3. El Estado Parte indica además que ante los tribunales civiles de la provincia de Buenos Aires (Juzgado en lo Civil N° 10 del Departamento Judicial de Morón) está pendiente una acción judicial emprendida por la autora con el propósito de que se declare que la adopción de Ximena Vicario por S.S. no es válida. El 9 de agosto de 1991 el Juzgado de lo Civil N° 10 manifestó que la adopción de Ximena Vicario y su inscripción de nacimiento como R. P. S. no eran válidas. La decisión ha sido apelada ante la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires.

4. Por último, el Estado Parte señala que sigue pendiente el procedimiento penal iniciado contra S.S. por presuntos delitos de falsificación de documentos y secuestro de un menor. No se ha adoptado una decisión definitiva sobre esta cuestión.

5. El Estado Parte concluye que habida cuenta del carácter provisional de las decisiones que se adoptan en los procedimientos de tutela, es importante esperar el resultado de las diversas actuaciones civiles y criminales pendientes en el caso de la autora y en el de Ximena Vicario, dado que dicho resultado podría modificar la situación de la autora y de Ximena Vicario. En consecuencia, el Estado Parte solicita que el Comité decida que por el momento sería improcedente pronunciarse sobre la cuestión que se está considerando.

6. En lo que respecta a presuntas violaciones de la Constitución argentina, el Estado Parte sostiene que escapa a la competencia del Comité evaluar la

compatibilidad de decisiones judiciales con el derecho nacional, y que esa parte de la comunicación debe declararse inadmisibile.

7. En sus comentarios, la autora sostiene que no han surgido nuevas circunstancias que justifiquen una modificación de sus afirmaciones iniciales presentadas al Comité. Así, su nieta sigue siendo visitada regularmente por S.S., y los procedimientos civiles y penales iniciados contra esta última no han experimentado ningún progreso notable. La autora señala que, en la primavera de 1991, el procedimiento penal en la causa A-62/84 llevaba más de seis años a la espera de un fallo en primera instancia; puesto que cualquier fallo puede recurrirse ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, la autora sostiene que Ximena Vicario alcanzaría la mayoría de edad legal (18 años) sin que hubiese una solución definitiva a la dolorosa situación en que ella y la autora se encuentran. Por consiguiente, debe considerarse que el procedimiento judicial ha sido "injustificadamente prolongado".

8. La autora sostiene que la decisión de la Corte Suprema por la que se le denegó el derecho a ser parte en el procedimiento judicial es de obligado cumplimiento para todos los tribunales argentinos y por consiguiente hace extensivas las violaciones experimentadas por ella a todos los abuelos y padres de niños desaparecidos en la Argentina. Como fundamento de su afirmación, cita un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de La Plata relativo a un caso similar al suyo. Estos fallos, en opinión de la autora, no tienen nada de "provisionales". Se dice que, de hecho, el estado psicológico de Ximena Vicario se ha deteriorado hasta el punto de que, en una fecha que no se especifica, un juez denegó a S. S. la solicitud de pasar un mes de vacaciones veraniegas con Ximena Vicario; no obstante, el juez autorizó a S. S. a pasar una semana con Ximena Vicario en abril de 1991. La autora termina señalando que se debe considerar que su actuación se ajusta a todos los criterios sobre admisibilidad señalados en el Protocolo Facultativo.

Decisión del Comité sobre admisibilidad:

1. En el curso de su 45º período de sesiones, el Comité examinó la cuestión de la admisibilidad de la comunicación. El Comité tomó nota de las observaciones del Estado Parte, según las cuales estaban aún pendientes varias actuaciones judiciales que podrían proporcionar a la autora un recurso satisfactorio. Observó, no obstante, que la autora había utilizado los recursos internos, en particular un recurso de apelación ante la Corte Suprema de la Argentina, y que sus apelaciones no habían dado resultado. En tales circunstancias, a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, la autora no estaba obligada a volver a interponer recurso ante los tribunales argentinos si surgieran nuevas circunstancias en el litigio respecto de la tutela de Ximena Vicario.

2. Respecto de las afirmaciones hechas por la autora con arreglo a los artículos 2, 3, 7, 8 y 14, el Comité consideró que la autora no había fundamentado sus denuncias a los efectos de la admisibilidad.

El 8 de julio de 1992, el Comité de Derechos Humanos decidió que la comunicación era admisible en la medida en que podría plantear cuestiones en relación con los artículos 16, 17, 23, 24 y 26 del Pacto.

Nuevas alegaciones de la autora y del Estado Parte sobre el fondo de la cuestión:

1. Mediante nota verbal de 7 de septiembre de 1992, el Estado Parte transmitió el texto de la decisión adoptada el 11 de agosto de 1992 por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II del Departamento Judicial de Morón, según el cual se confirmaba la nulidad de adopción de Ximena Vicario.

2. Mediante nota verbal de 6 de julio de 1994, el Estado Parte notificó al Comité que SS. había presentado un recurso de apelación contra la nulidad de la adopción ante la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires, y que Ximena Vicario había prestado declaración ante el Tribunal.

3. En cuanto a los derechos de visita que inicialmente se concedieron a S.S. en 1989, el Estado Parte indica que esos derechos fueron suspendidos en 1991, de acuerdo con los deseos expresos de Ximena Vicario, a la sazón menor de edad.
4. En cuanto a la tutela de Ximena Vicario, que había sido concedida a su abuela el 29 de diciembre de 1988, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires suspendió ese derecho en su decisión de 15 de junio de 1994, teniendo presente que la Srta. Vicario había cumplido los 18 años.
5. En 1993, la Corte Federal expidió a Ximena Vicario documentos de identidad bajo ese nombre.
6. En cuanto al procedimiento penal seguido contra S.S., aún está pendiente un recurso de apelación.
7. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Estado Parte sostiene que los hechos del caso no revelan violación alguna de los artículos 16, 17, 23, 24 o 26 del Pacto.
8. En su comunicación de 10 de febrero de 1993, la autora expresó su preocupación ante el recurso presentado por S.S. contra la nulidad de la adopción, afirmando que esa incertidumbre constituía una carga considerable para ella y para Ximena Vicario.
9. En su presentación de 3 de febrero de 1995, la autora manifiesta que la Corte Suprema de la provincia ha pronunciado una sentencia definitiva por la que se confirma la nulidad de la adopción.

Dictamen del Comité en cuanto al fondo:

1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la cuestión de fondo de la comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han presentado las partes, tal como se dispone en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. El Comité fundamenta su dictamen en las consideraciones siguientes.

2. En cuanto a la presunta violación del artículo 16 del Pacto, el Comité considera que los hechos que le han sido expuestos no corroboran la conclusión de que el Estado Parte ha denegado a Ximena Vicario el reconocimiento como persona ante la ley. En realidad, los tribunales del Estado Parte han tratado de establecer su identidad y le han expedido los correspondientes documentos de identidad.

3. En cuanto a la alegación hecha por Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio de que se ha violado su derecho al reconocimiento como persona ante la ley, el Comité observa que, aunque su legítimo derecho a representar a su nieta en las actuaciones judiciales sobre tutela de la niña le fue denegado en 1989, los tribunales reconocieron su legítimo derecho a representar a su nieta en varias causas, en particular en la actuación judicial para declarar la nulidad de la adopción, y que se le concedió la tutela respecto de Ximena Vicario. Aunque estos hechos no plantean ninguna cuestión en relación con el artículo 16 del Pacto, la denegación inicial del legítimo derecho de representación que correspondía a la Sr. Mónaco dejó efectivamente a Ximena Vicario sin la debida representación y, en consecuencia, sin la protección a la que tenía derecho en su condición de menor. Considerada en conjunto con los hechos mencionados en el párrafo 10.5 *infra*, la denegación del legítimo derecho de representación de la Sra. Mónaco constituyó una violación del artículo 24 del Pacto.

4. En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela, es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S.S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo

dispuesto en el artículo 17 del Pacto. Esos actos constituyen asimismo violaciones del párrafo 1 del artículo 23 y de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto. Sin embargo, esos actos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor para la Argentina, el 8 de noviembre de 1986 (1), del Pacto y del Protocolo Facultativo, por lo que el Comité no está en situación, *ratione temporis*, de dictar una decisión al respecto. Sin embargo, el Comité podría determinar que ha habido una violación al Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen en cuanto tales violaciones al Pacto. El Comité observa que las graves violaciones del Pacto cometidas por el régimen militar de la Argentina en el caso que nos ocupa han sido objeto de numerosas actuaciones ante los tribunales del Estado Parte, los cuales han defendido, en definitiva, el derecho a la vida privada y a la vida familiar de Ximena Vicario y de su abuela. En cuanto a los derechos de visita otorgados inicialmente a S.S., el Comité observa que los tribunales competentes de la Argentina trataron ante todo de determinar los hechos y establecer un equilibrio de los intereses humanos de las personas que se trata, y que, en relación con esas investigaciones, se adoptaron varias medidas encaminadas a reparar los agravios causados a Ximena Vicario y su abuela, entre ellos la suspensión de los derechos de visita otorgados a S.S., habida cuenta de las recomendaciones de los psicólogos y de los deseos de la propia Ximena Vicario. No obstante, la denegación inicial del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta para impugnar la decisión sobre el derecho de visita parece haber retrasado estas medidas de reparación.

5. Si bien el Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a Ximena Vicario y su abuela, observa que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de esas actuaciones aún no se encuentran terminadas. El Comité observa que, entretanto, Ximena Vicario, que tenía 7 años de edad cuando fue hallada, alcanzó la mayoría de edad (18 años) en 1994, y que no fue sino hasta 1993 que se reconoció oficialmente su identidad legal como Ximena Vicario. En las circunstancias concretas de este caso, el Comité estima que la protección de los niños que se estipula en el artículo 24 (2) del Pacto exigía que

el Estado Parte tomara medidas positivas para poner pronto y eficaz remedio a la difícil situación de Ximena Vicario. En este contexto, el Comité recuerda su Comentario General sobre el artículo 24, en el que recalca que todo niño tiene derecho a las medidas especiales de protección que requiere su condición de menor; tales medidas especiales complementan las medidas que los Estados están obligados a tomar en virtud del artículo 2 para garantizar a toda persona el goce de los derechos reconocidos en el Pacto. Teniendo presentes los sufrimientos que ya ha padecido Ximena Vicario, quien perdió a sus padres en circunstancias trágicas imputables al Estado Parte, el Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño.

6. En cuanto a la presunta violación del artículo 26 del Pacto, que prohíbe toda discriminación, el Comité considera que los hechos que le han sido expuestos no constituyen fundamento suficiente para dictaminar que la Srta. Vicario o su abuela fueron víctimas de discriminación.

7. El Comité de Derechos Humanos, basándose en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que le han sido presentados ponen de manifiesto que la Argentina ha violado lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto.

8. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de garantizar a la autora y a su nieta la interposición de un recurso efectivo, en particular para obtener indemnización del Estado por la demora en los procedimientos y el sufrimiento que, por

consiguiente, debieron padecer. Además, el Estado Parte tiene la obligación de velar por que no ocurran en el futuro violaciones semejantes.

9. Habida cuenta de que, al hacerse Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y de que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se comprometió a garantizar a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar que pueda interponer un recurso efectivo, con fuerza ejecutoria, en caso de violación comprobada de esos derechos, el Comité desea recibir del Estado Parte, dentro del plazo de 90 días, información acerca de las medidas que haya tomado para hacer efectivo el dictamen del Comité.

En relación con las violaciones del Pacto que tuvieron lugar antes del 8 de noviembre de 1986, el Comité insta al Estado Parte a que persevere en sus esfuerzos encaminados a investigar la desaparición de niños, establecer su verdadera identidad, proveerlos de documentos de identidad y pasaportes a su verdadero nombre, y conceder prontamente la debida reparación a ellos y a sus familias.

Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶³

Caso 10.959

CIDH, octubre de 1993

Hechos denunciados:

El día 23 de junio de 1991 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la "Comisión") recibió la denuncia presentada por la organización no gubernamental Abuelas de Plaza de Mayo con motivo de la no entrega a su familia biológica de los menores Gonzalo Javier y Matías Angel, hijos del matrimonio desaparecido integrado por Juan Enrique REGGIARDO y María Ana TOLOSA

El agravio fundamental de la denuncia consiste en que la familia legítima reclama la entrega de los menores en guarda provisoria, que hasta el momento no se ha efectivizado, con grave riesgo para la integridad psíquica de los menores.

En fecha del 12 de febrero de 1987 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal No. 2, tras un largo trámite que incluyó la extradición de los procesados desde la República de Paraguay donde se habían refugiado con los menores, estableció que los menores que el matrimonio MIARA tenía en su poder eran hijos de los desaparecidos Juan Enrique REGGIARDO y María Rosa Ana TOLOSA. La identificación se efectuó mediante la pericia hemogenética prevista por la Ley 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. Los menores nacieron durante la detención ilegal de su madre.

Antecedentes de los menores:

Los menores nacieron en abril de 1977 durante el cautiverio de su madre y fueron apropiados inmediatamente por Samuel MIARA, ex subcomisario de la Policía Federal y su esposa Beatriz Alicia CASTILLO, quienes los inscribieron como hijos propios.

Es importante destacar que a los once años los menores tomaron conocimiento que el matrimonio MIARA no eran sus padres verdaderos. Además, en 1985 fueron llevados a Paraguay donde vivieron cuatro años con reclusión domiciliaria, y en 1989 fueron traídos a la Argentina y puestos con familia sustituta por un tiempo hasta la obtención de los resultados de los exámenes inmunogenéticos. Pese a elementos probatorios del legítimo origen de estos menores, siguen en poder de las personas que los sustrajeron y falsificaron su verdadera identidad.

Trámite ante la Comisión:

El 21 de agosto de 1992, la Comisión recibió una solicitud de medidas cautelares por los peticionantes, argumentando que los menores se encontraban en una situación de grave riesgo psicológico que se prolonga indefinidamente,

como consecuencia de la supresión de su identidad, su no restitución a su familia, y su permanencia en poder de las personas procesadas como autores de delitos en su contra. Esta solicitud fue transmitida al Gobierno.

En nota del 16 de septiembre de 1992, el Gobierno argumentó que la denuncia no era admisible porque restaban aún decidir importantes cuestiones en el seno del Poder Judicial. Informó a la Comisión que en fecha 7 de septiembre del mismo año, el Ministerio Público solicitó al Juez de la Causa que se declarase la nulidad de las partidas de nacimiento de los menores y se ordene la anotación de los niños en forma provisoria -hasta tanto se resuelva la cuestión familiar- bajo el apellido REGGIARDO-TOLOSA o bajo un apellido supuesto. También informó que la prisión preventiva de los MIARA había sido confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal por encontrarlos prima facie penalmente responsables de los delitos de ocultamiento, retención de menores y falsedad de documentación pública acreditante de la identidad de las personas.

En nota del 11 de marzo de 1993, la Comisión informó que declaraba admisible el caso tomando en consideración que los menores fueron identificados como pertenecientes al matrimonio REGGIARDO-TOLOSA y la imposibilidad de sus familiares de interponer recursos, ya que son considerados partes en los expedientes en los que dispone su guarda. De conformidad con el artículo 46.2.c de la Convención, la Comisión solicitó, de acuerdo con el artículo 29 de su Reglamento, que el Gobierno Argentino tomara medidas cautelares que consistieran en adoptar sin dilación las disposiciones para que los menores fueran puestos en guardia provisoria en un hogar sustituto y sometidos a un adecuado tratamiento psicológico, con el control de un profesional designado por su familia, hasta tanto se resuelva su entrega a su familia legítima.

En nota del 2 de junio de 1993, el Gobierno de Argentina respondió a la solicitud de medidas cautelares informando que el 15 de abril, la Jueza Federal que entiende en el incidente de Disposición Tutelar de los Menores, ordenó la

realización de dos audiencias que tendrían como finalidad poner a los menores en guardia provisoria en un hogar sustituto. También informó que fue ordenada la nulidad de las partidas de inscripción de los menores MIARA, los que fueron anotados como REGGIARDO TOLOSA.

Sin embargo, el 19 de agosto de 1993, la Comisión recibió una comunicación de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, en la cual informaron que no se había tomado medida alguna para transferir los menores a un hogar sustituto. Como consecuencia, pidieron que la Comisión solicite, de acuerdo con el artículo 63 de la Convención, que la Corte Interamericana ordene medidas provisionales para que el Gobierno argentino ponga a los menores en un hogar sustituto.

La gravedad de la situación denunciada:

Con la prolongación injustificada de la situación denunciada, se agrava la situación psíquica de los menores. Su situación es exacerbada como consecuencia de la supresión de su identidad mientras siguen sin ser restituidos a su familia legítima o transferidos a un hogar sustituto en guarda provisoria.

El retardo de la justicia es injustificado, ya que desde septiembre de 1989, mediante las correspondientes pericias hemogenéticas, se identificó a los menores como pertenecientes a la familia REGGIARDO-TOLOSA, continuando desde entonces en poder de las personas que están siendo juzgadas como autores de ilícitos en su contra.

Consideraciones:

Los antecedentes de los menores presentan prima facie un caso grave de riesgo inminente a su salud psíquica.

Los antecedentes judiciales revelan que las garantías normales contenidas en la legislación argentina no son suficientes para proteger la integridad psíquica de los menores.

El artículo 63.2 de la Convención Americana autoriza a la Comisión a solicitar medidas provisionales a la Corte, en aquellos casos que aún no hayan sido sometidos a la Corte, en circunstancias de "extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas".

El Gobierno de Argentina ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención.

Medidas provisionales:

Por las consideraciones precedentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención, se dirige a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de solicitarle que requiera al Gobierno de Argentina la transferencia inmediata de los menores para que los mismos sean puestos en guarda provisoria en un lugar sustituto y sometidos a un adecuado tratamiento psicológico hasta tanto se resuelva la entrega a su familia legítima.

-Resolución CIDH, 19 de enero de 1994.⁶⁴

Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Octubre de 1993). Dado el injustificado retardo de la justicia, ya que desde septiembre de 1989, mediante las correspondientes pericias hemogenéticas, se identificó a los menores como pertenecientes a la familia REGGIARDO-TOLOSA, continuando desde entonces en poder de las personas que están siendo juzgadas como autores de ilícitos en su contra. Y considerando que los antecedentes de los menores

presentan prima facie un caso grave de riesgo inminente a su salud psíquica, y que los antecedentes judiciales revelan que las garantías normales contenidas en la legislación argentina no son suficientes para proteger la integridad psíquica de los menores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se dirige a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de solicitarle que requiera al Gobierno de Argentina la transferencia inmediata de los menores para que los mismos sean puestos en guarda provisoria en un lugar sustituto y sometidos a un adecuado tratamiento psicológico hasta tanto se resuelva la entrega a su familia legítima.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CASO REGGIARDO TOLOSA

Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Argentina.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada de la siguiente manera: Sonia Picado Sotela, Presidenta; Héctor Fix Zamudio, Juez; Alejandro Montiel Argüello, Juez; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Asdrúbal Aranguren, Juez; presentes, además, Manuel E. Ventura Robles, Secretario; Ana María Reina, Secretaria adjunta.

Dicta la siguiente resolución:

El 8 de noviembre de 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") remitió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") una resolución adoptada el mes anterior en el caso N° 10959 referente a la Argentina, en la cual solicita "medidas provisionales con respecto a la integridad psíquica de los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel..." cuyos verdaderos apellidos son Reggiardo Tolosa. Estas personas, según la Comisión, nacieron en abril de 1977 durante el cautiverio de su madre y fueron inmediatamente apropiados y luego inscriptos como hijos propios de Samuel Miara, ex subcomisario de la Policía Federal y de su esposa Beatriz Alicia Castillo. Los menores conocen que los esposos Miara no

son sus verdaderos padres, por lo que la Comisión solicita a la Corte, en aplicación del artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") que "requiera al Gobierno de Argentina la transferencia inmediata de los menores para que los mismos sean puestos en guardia provisoria en un hogar sustituto y sometidos a un tratamiento psicológico hasta tanto se resuelva la entrega a su familia legítima".

.. Sonia Picado Sotela Presidenta de la Corte (en adelante "la Presidenta") en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 24.4 del Reglamento de la Corte dictó una acordada fechada el 19 de noviembre de 1993, cuya parte resolutive dice así:

Requerir al Gobierno de la República Argentina a que adopten sin dilación las medidas que sean necesarias para proteger la integridad psíquica de los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel Reggiardo Tolosa y evitarles daños irreparables, en estricto cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída en virtud del artículo 1.1 de la convención, con el propósito de que las medidas provisionales que después.. Corte pudiera tomar en su próximo período ordinario de sesiones, que se celebrará del 10 al 21 de enero de 1994, tengan los efectos pertinentes.

Solicitar al Gobierno de la República Argentina que presente a la Presidenta de la Corte, a más tardar el 20 de diciembre de 1993, un informe sobre las medidas que hubiere tomado en virtud de esta resolución para ponerles en conocimiento del tribunal.

Instruir a la Secretaria para que el informe que presenta el Gobierno de la República Argentina se trasmita sin dilación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La resolución fue notificada a la Comisión y al Gobierno de la Argentina (en adelante "el Gobierno") vía courier al Ministro de Relaciones Exteriores a través de su Embajada en San José, Costa Rica.

El Gobierno por su parte, dirigió una nota a la Presidenta en relación con la resolución transcrita. En ella afirma:

Esta representación cumple en informar que ya existe fallo del Poder Judicial sobre el tema y que el mismo ha sido remitido a esta Representación por Correo Diplomático, el cual una vez recibido será enviado a esa Corte.

No obstante lo anterior, se anticipa que la sentencia ordena "hacer cesar la guardia provisoria de los menores...", "poniendo dicha situación en cabeza de una familia sustituta" y "... estableciendo el tratar de lograr un acercamiento de los menores con su familia de origen".

Cabe agregar que en la fecha, la Dirección General de Derechos Humanos y de la Mujer de la Cancillería Argentina, informó a esta Representación que los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel Reggiardo Tolosa actualmente están con miembros de su familia legítima, sus tíos Tolosa.

Por carta de la Comisión de fecha 14 de enero de 1994, la Corte fue informada de lo siguiente:

... que la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entró en contacto con los peticionarios en el caso N° 10959 de los menores Reggiardo Tolosa ante la Comisión, quienes dieron a conocer que, en su opinión, el Gobierno de Argentina ha cumplido con las medidas provisionales solicitadas a la Corte Interamericana por la Comisión.

Considerando

Que la Corte ha tomado nota de las medidas adoptadas por el Gobierno tendientes a proteger la integridad psíquica de los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel Reggiardo Tolosa, las cuales fueron confirmadas por la Comisión, con lo cual dio cumplimiento a la mencionada resolución de la Presidenta.

Por Tanto:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Habida cuenta del artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en uso de las atribuciones que le confiere los artículos 24 y 25 del reglamento de la Corte,

RESUELVE:

Dado el cumplimiento por parte del Gobierno de la República Argentina de la resolución de la Presidenta del 19 de noviembre de 1993, no procede tomar las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comunicar la presente resolución al Gobierno de la República Argentina y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Archivar el expediente.

Redactada en castellano e inglés, haciendo fe el texto en castellano. Leída en la Sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 19 de enero de 1994.

Reflexiones Finales

La dictadura militar que se establece en Argentina el 24 de marzo de 1976 sistematiza un modo de persecución política inédita, "la desaparición forzada de personas" y su posterior asesinato, llevado a cabo por grupos específicos y en el que estaban involucrados todos los sectores del poder.

Con dicha práctica de "desaparición forzada de personas" y con la institucionalización de campos de concentración, queda organizada una modalidad represiva del poder. Este modelo de poder concentracionario es propio de este siglo y fue creado por el nazismo durante la segunda guerra mundial.

El poder totalitario nunca asumió la responsabilidad de lo acontecido, negó su propia práctica de burocratización de la muerte, para ellos no hay nombres, no hay cuerpos, no hay muertos, no hay archivos, no hay responsables.

Uno de los modos de la violencia represiva fue la fractura generacional. En pos de la protección de "la familia" tomó a algunas familias, la de los 30.000 "desaparecidos", y a los niños hoy jóvenes, apropiados, produciendo un quiebre en el sistema de parentesco:

- desaparece uno o varios miembros de la familia, es decir, representantes de una o varias generaciones
- como hecho inédito en la modernidad, dichas desapariciones incluyeron a menores de edad secuestrados con sus padres y a bebés nacidos durante el cautiverio de sus madres embarazadas. Dichos niños fueron separados de sus familiares y apropiados por personas en su mayoría ligados al poder militar

“Hoy todavía hay jóvenes que permanecen en condición de desaparecidos, son los "desaparecidos vivos", a los que se les somete a permanecer en la ignorancia del origen del vínculo que se basa en el asesinato de sus padres y su propio robo:

- algunos fueron secuestrados junto a sus padres
- otros nacieron en el cautiverio de sus madres que fueron secuestradas embarazadas

Por testimonios de sobrevivientes, de médicos, de parteras y hasta de personal de limpieza que trabajó en el Hospital de Campo de Mayo entre 1976 y 1980, quienes describieron ante el juez de San Isidro Roberto Marquovich como funcionó una maternidad clandestina, sabemos que: unos días después del golpe de marzo de 1976, en el sector de Epidemiología del Hospital de Campo de Mayo se habilitaron dos salas como maternidad clandestina. Allí eran llevadas las embarazadas secuestradas con los ojos vendados, atadas de pies y manos, daban a luz y ya nunca veían a sus hijos, que eran distribuidos por el médico Norberto Bianco entre familias de militares y personal de seguridad. Algunos de ellos recordaron haber visto niños más grandes de cuatro, cinco o siete años. Las mujeres y sus hijos eran mencionados como NN. También:

- hubo niños dejados con vecinos que ubicaron a sus familias para entregarlos
- también hubo vecinos que desconociendo a los familiares, protegieron a los niños hasta que lograron ubicarlos por medio de las Abuelas de Plaza de Mayo
- otros niños fueron entregados a instituciones públicas como NN y dados en adopción.

Con posterioridad algunos adoptantes, sospechando el posible origen del niño, se conectaron con Abuelas de Plaza de Mayo. En estos casos se consideró que como actuaron de buena fe, se mantuvo la convivencia con la familia adoptante en acuerdo con la familia de origen y en estrecho contacto. Estas situaciones se resolvieron sin intervención de la justicia

- hubo vecinos que se apropiaron de los niños impidiéndoles el conocimiento de su historia. Estos casos (cuando el niño fue localizado por Abuelas de Plaza de Mayo), se resolvieron por vía judicial que ordenó, tras las pruebas de histocompatibilidad sanguínea, la restitución a la familia
- hubo situaciones en que familiares de la línea materna o paterna mantuvo al niño sin comunicarlo, por temor o por ignorar datos de la otra parte de la familia. Hubo situaciones resueltas por la institución y otras en que, iniciada la democracia, comenzó la búsqueda de la restante familia.⁶⁵

La violencia impuesta se acrecentó con la cuidadosa tarea de los apropiadores y de los aparatos del Estado, de borrar toda ligazón con el origen.

Con la desaparición sistemática de personas el Estado Argentino ha violado la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobado por Naciones Unidas en 1948, art. 1º y 16º y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por Naciones Unidas en 1966, parte III, art. 10º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Naciones Unidas en 1966, art. 23º y 24º y la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica de noviembre de 1960, art. 17º y 18º. Asimismo se violaron, desde el punto de vista del derecho interno, diversos artículos de la 1º parte de Declaraciones y Garantías de la Constitución Nacional

“El derecho a la verdadera identidad es suprallegal al haber ratificado el Estado argentino la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con aprobación por ley 23.849 y a partir de la incorporación a la Constitución Nacional de 1994 en el artículo 75, inciso 22.

En el marco de la Convención Internacional por los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 se promovieron la inclusión de los artículos 7, 8 (conocidos como argentinos) y el 11 del derecho a la identidad a solicitud de Abuelas de Plaza de Mayo.”⁶⁶

“Los menores hoy adultos, fueron sustraídos de un sistema de parentesco e incluidos violentamente en otro que reniega de lo instituido por los padres. Acto amparado por el Terrorismo de Estado en el que el triunfo sobre los padres desaparecidos debe perpetuarse más allá de la desaparición.

Sabemos que con los desaparecidos se produjo una filiación falsa amparada en el Terrorismo de Estado y se les impidió el derecho a vivir con su familia. No pudieron convivir con sus padres que fueron primero desaparecidos y luego asesinados, ni tampoco pudieron criarse con los familiares de sus padres, sus abuelas y abuelos, sus hermanos, sus tíos; quiénes nunca renunciaron a su búsqueda y a la verdad.

Lo ocurrido, el desmantelamiento del derecho de las personas por desaparición y asesinato y la apropiación de niños, hoy jóvenes y aún desaparecidos condujo a una ruptura del sistema humano de filiación, es una masacre de los vínculos y una fractura de la memoria. Es nuestra responsabilidad señalar el daño al que han sido y siguen siendo sometidos los jóvenes desaparecidos. También señalar y denunciar el daño al que somos sometidos como sociedad.»⁶⁷

Nos encontramos con el orden público que, por un lado, investiga la posibilidad de un delito –donde se juegan intereses sociales y de terceros- o del derecho de ciertas personas a saber si respecto de tal otra lo une algún vínculo biológico y, por otro, el derecho personalísimo de saber quien uno es.

En nuestro país, es desde el Derecho Penal que se investigan los delitos de lesa humanidad, como lo es la desaparición forzada de personas, y esta medida procesal debe hacerse, ya que el derecho a la identidad es de orden público: el Estado está obligado por las convenciones internacionales suscriptas a preservar ese derecho, colocándose en situación de ser sancionado internacionalmente si no cumple con lo pactado.

El tema parte de la base de la comisión de un delito (supresión o suposición de estado civil -art. 138 a 139 bis- y sustracción, retención u ocultamiento de menor –art. 146 CPN- u otros), en primer lugar me pregunté si resulta posible la obligación a someterse a las pruebas biológicas de histocompatibilidad en el ámbito de un proceso penal donde se investiga la comisión de uno o varios delitos en perjuicio de la persona que se niega a someterse a estos exámenes, todo ello en base al artículo 1101 del Código Civil que nos indica que: “Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal...”.

En el marco del proceso penal, entonces, ¿cuál debería ser el criterio a aplicar?

Entiendo que no es posible la aplicación del criterio del artículo 4 de la Ley 23511, pues los objetos de los procesos penal y civil, en estos casos, no son

equivalentes. No cabría entonces, aplicar una presunción respecto de la comisión de un delito, por la negativa a la realización de una prueba pericial.

En lo que respecta a un posible acción de estado filiatoria, que sobrevendría luego de una eventual sentencia penal que condenara a los apropiadores de la persona en cuestión, el principio de coherencia, que debe regir en todo el ordenamiento jurídico, me hizo analizar si pudiese resultar posible, ante un vacío normativo, aplicar las pautas con las que contamos en cuanto al valor de las presunciones respecto de la negativa al sometimiento a las pruebas de ADN. ¿Podría decirse válidamente, entonces, que si un supuesto hijo de una persona desaparecida durante la dictadura militar no quiere realizarse el examen pertinente será considerado nieto y aplicarle, de esta manera, las consecuencias naturales del caso?

Creo que según las circunstancias del caso y tomando en consideraciones las restantes pruebas e indicios, el juez podría tomar la negativa y evaluarla en conjunto con otros elementos, pero nunca podría servir como única prueba para emplazar a una persona en un cierto estado de familia.

La Constitución Nacional protege el derecho a la privacidad siempre que no estén afectados el orden público y los derechos de terceros; en el marco del juicio de filiación, fue ampliamente reconocido por la doctrina que la negativa a la realización de una prueba genética no puede ampararse en el ejercicio abusivo de los derechos de la personalidad que no son absolutos, sino relativos.

Después de haber evaluado cuáles son los distintos intereses en juego –y sin pretender dar una solución definitiva para este tipo de casos-, entiendo que los derechos de los parientes biológicos prevalecen sobre las prerrogativas de privacidad, porque están afectados el orden público y los derechos de terceros que son esos parientes damnificados por el delito de la desaparición forzada, el Estado representa al conjunto de la sociedad en la persecución del delito, entonces el derecho que prevalece es el de toda la sociedad a perseguir el delito sobre la privacidad de esa persona que es la víctima de ese delito.

Por eso digo que es posible obligar a una persona mayor de edad a realizarse una prueba de ADN, en el marco de una investigación criminal respecto de un delito del que fuera víctima, sin menoscabo a sus derechos fundamentales, y dando prioridad a los derechos de la sociedad, de cada individuo que la compone y a los derechos de los familiares reclamantes, que son:

- La obligación de búsqueda de la verdad que persigue el proceso penal, atribución de responsabilidades y sanción de los culpables en el marco de la investigación de un delito –el cometido por los apropiadores-.
- El Derecho del Estado, en representación de la sociedad toda, al conocimiento de la identidad biológica de un individuo en particular en el marco de la necesidad de conocer la verdad jurídica objetiva y la verdad histórica.
- El Derecho de los familiares reclamantes a su propia identidad biológica y personal en general, que necesariamente debe ser construida en base a la verdad histórica y personal, en la inteligencia de que toda identidad se construye en función de un otro y de una cierta posición o estado de familia.

-
- ¹ Sabato E., Ruiz Guiñazu M. Colombres R., Gattinoni C., Nevares J., Favalaro R., “et al.”. *Nunca Más/ CONADEP*. 6ª edición. Buenos Aires: Eudeba S.E.M.; 1985.
- ² Lo Giudice A., y equipo interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo. *20 años de lucha de Abuelas*. Edición original. Buenos Aires: Espacio; 1997
- ³ Idem nota nº 2.
- ⁴ Idem nota nº 2.
- ⁵ Zenere G., Belforte E. A.. *El poder y el derecho a la verdad biológica*. II Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el siglo XXI; 2001 abril 25-27; Buenos Aires, Argentina. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad de Buenos Aires; 2001.
- ⁶ Zenere G., Belforte E.. *Construcciones jurídicas y filosóficas de la dignidad. La problemática de la persona*. II Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el siglo XXI; 2001 abril 25-27; Buenos Aires, Argentina. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad de Buenos Aires; 2001.
- ⁷ Idem nota nº 6.
- ⁸ Idem nota nº 6.
- ⁹ Dalla Via, A. R. *La conciencia y el Derecho*. Edición original. Buenos Aires: Editorial de Belgrano; 2001. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 6.
- ¹⁰ Nino C. S. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Buenos Aires: Aguilar; 1996. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 6.
- ¹¹ Idem nota nº 6.
- ¹² Méndez Costa, M. J. *Visión jurisprudencial de la filiación*. Edición original. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni; 1998.
- ¹³ C.S.J.N., 13-11-90, L.L. 1991-B-470; J.A. 1990-IV-575; E.D. 141-267; *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº1, p. 349. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 11.
- ¹⁴ C.S.J.N., 4-12-95, D.J. 1996-1-1055. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 11.
- ¹⁵ Sala II de Apelaciones Civil Comercial de Morón 11-8-92, I.L. 1992-D-382, J.A. 1992-III-400. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 11.
- ¹⁶ Idem nota nº 11.
- ¹⁷ Kuyumdjian de Williams P. *Genoma humano y el derecho a la intimidad*. Primeras jornadas de Bioética y Derecho; 2000 agosto 22-23; Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- ¹⁸ Se llegó a aceptar como única demostración de la filiación demandada: JN 1º Inst. Civ. Nº 85, 22-2-95, E.D. 163-77. Cita de cita del trabajo “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, Dutto R. J. . En: *Revista de Derecho Procesal de familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni; 2000. p. 143- 155
- ¹⁹ CNCiv., sala A, 28-2-94. E.D. 158- 462. Cita de cita del trabajo “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, Dutto R. J. . En: *Revista de Derecho Procesal de familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni; 2000. p. 143- 155
- ²⁰ Dutto, R. J. *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*. En: *Revista de Derecho Procesal de familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni; 2000. p. 143- 155
- ²¹ SCJ de Mendoza, sala 1º, 29-8-95, L.L. 1996-B-545. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 20.
- ²² Idem nota nº 20.
- ²³ J. Fam. Nº 10 de San Juan, 6-12-91, la *Revista del Foro de Cuyo*, nº 11, p. 844. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 20.
- ²⁴ C.C.Com. De San Isidro, sala I, 28-4-94, E D. 159- 186. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 20.
- ²⁵ Idem nota nº 20.
- ²⁶ Idem nota nº 20.
- ²⁷ S. C. .J. N., 9-10-87, E. D. 125-487; L. L. 1987- E- 404. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 11.
- ²⁸ Idem nota nº 11.
- ²⁹ Idem nota nº 20.
- ³⁰ Sagüés N. P. *Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994*, en L.L. 1994- E- 1036.
- ³¹ Cueto Rúa, J. C. *Un paso adelante en el desarrollo arbitral argentino*, en J.A. 1993-IV- 472. C.S.J.N., 7-7-92, L. L. 1992-C-540.
- ³² Colautti, C. E. *Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución*, en L.L. 1994-D-1145.
- ³³ Belluscio, A. *Incidencia de la reforma constitucional sobre el Derecho de Familia*, en L. L. del 24-2-95.
- ³⁴ Idem nota nº 30.
- ³⁵ Obra citada en la nota nº 30.
- ³⁶ Bidart Campos G. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994* Buenos aires; 1995. Cita de cita del trabajo mencionado en el nº 11.
- ³⁷ Idem nota nº 36.
- ³⁸ Idem nota nº 36.
- ³⁹ C.S.J. de Santa Fe, 19-9-91, L. L. 1992-D-536.

-
- ⁴⁰ Término usado por Bidart Campos mencionado en el texto que corresponde a la cita n° 36.
- ⁴¹ Rivera J. C. y Córdoba C. D. Derecho a la identidad y derecho a la intimidad. E. D. 158- 462.
- ⁴² Grosman, C. P. Y Ariana, C .Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación, en L. L. 1992-B-1193. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 11.
- ⁴³ Medina, G.. XI Encuentro de Abogados Civilistas. 1995; Paraná, Argentina. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 11.
- ⁴⁴ Idem nota n° 20.
- ⁴⁵ Dutto R. J: en Zeus, tomo n° 84, año 2000.
- ⁴⁶ C. S. J. N. 4-12-95, E.D., 168- 448. Cita de cita del trabajo mencionado n el n° 45.
- ⁴⁷ C.S.J.N., doctrina en la causa H-91-XXIV, sobre apelación de medidas probatorias. Buenos Aires, diciembre de 1995. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 45.
- ⁴⁸ Idem nota n° 45.
- ⁴⁹ C.S.J.N., 27-12-96, E.D., 172- 178. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 45.
- ⁵⁰ Idem nota n° 20.
- ⁵¹ C.S.J. de Santa Fe, 19-9-91, L. L. 1992-D-536. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 45.
- ⁵² Ley 24321, Desaparición forzada de personas. Declaración de ausencia. Sancionada el 11-05-94. Publicada en el Boletín oficial el 10- 06-1994.
- ⁵³ Ley 24411, Desaparición forzada de personas. Beneficios a percibir. Sancionada el 07-12-94. publicada en el Boletín oficial el 03- 01- 95.
- ⁵⁴ Ciancaglini S., Quién es quién. Tres puntos. 1998-17- 06; n° 50: 18- 21.
- ⁵⁵ Ley 25457, Comisión Nacional por el derecho a la identidad. Sancionada el 08-08-01. Promulgada el 5-09-01. Publicada en el Boletín oficial el 07-09-01.
- ⁵⁶ Idem nota n° 55.
- ⁵⁷ Idem nota n° 52.
- ⁵⁸ Idem nota n° 53.
- ⁵⁹ Conclusiones de los asesores de la Comisión de Derechos y Garantías de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 4/7/96. Diputados D. Domínguez, L. Irrazábal, C. Piñón Avila, A. Bravo, E. Carca, R. Disarli, M. L. González, E. I. López, E. Melogno, M. Sánchez García, A. H. Villalba.
- ⁶⁰ Cámara nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, casos n° 402 y 499, publicada en Fallos: 309: 1116 y 1240.
- ⁶¹ Tribunal Colegiado de Familia n° 3 de Rosario. Primera secretaría, t. XVI. Resolución n° 181. Cita de cita del trabajo mencionado en el n° 11.
- ⁶² Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Juventud e Identidad. Edición original. Buenos Aires: Editorial universitaria de Buenos Aires; 1996.
- ⁶³ Idem nota n° 62.
- ⁶⁴ Idem nota n° 62.
- ⁶⁵ Cerruti G. El expediente del infierno. Tres puntos. 1998- 17-06; n° 50: 7- 15.
- ⁶⁶ Idem nota n° 20.
- ⁶⁷ Idem nota n° 62.