



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2008

Tutor: Dr. Dutto, Ricardo.-

Alumno: Ita, Alejandra Soledad.-

Tema: “Valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica en las acciones de filiación extramatrimonial .-”

Fecha de presentación: 9 de Mayo de 2008.-

Quiero dar mis más sinceros agradecimientos a todos los profesores que tuve durante el transcurso de la carrera y en especial a mi Tutor.

A mis padres por apoyarme en todo momento; a mis hermanos; a mis abuelos, a mis amigos y a mi amor Javier.

Resumen

La identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar daños gravísimos en el individuo, perturbaciones propias de quien, al no tener raíces, historia familiar o social, ni nombre que lo identifique deja de ser quien es sin poder transformarse en otro.

La recepción del principio de veracidad biológica pretende asegurar a toda persona el derecho a conocer su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica. Es que todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona. El derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.

El derecho a conocer la identidad biológica del niño debe privar por sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente por quien se niega a realizarse estas pruebas, contrariando los deberes de colaboración o cooperación vigentes en el proceso civil.

1.- Área.

Derecho de Familia.

2.- Título.

Valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica en el ámbito de un proceso de filiación extramatrimonial.

3.- Tema.

La importancia de la prueba biológica en las acciones de filiación extramatrimonial

4.- Problema.

¿Por qué la sola negativa a someterse a la prueba biológica genera un indicio suficientemente fuerte que le permita a los jueces dictar sentencia en contra del renuente?

5.- Hipótesis.

“La negativa fehaciente a realizarse la prueba biológica por parte del demandado, en un proceso de filiación extramatrimonial, es insuficiente para que el juez dicte sentencia en contra del renuente en nuestro país.”

5.a.-Puntos Provisorios de Hipótesis que se Demostrarán y Defenderán.

5.a.1.- La negativa a someterse a la prueba biológica genera un indicio en contra del demandado.

5.a.2.- La negativa a someterse a la prueba biológica debe ser complementada con otros medios de prueba.

5.a.3.- El renuente invoca generalmente derechos constitucionales para justificar su negativa a someterse al peritaje.

6.- Objetivos.

6. a.- Objetivos Generales.

6.a.1.- Investigar si la negativa a someterse a la prueba biológica en el ámbito de un proceso de filiación se considera un indicio o una presunción en contra del renuente.

6.a.2.- Conocer cuál es el criterio mayoritario adoptado por nuestros jueces.

6.a.3.-Averiguar si los jueces se hallan facultados para disponer la ejecución compulsiva de la prueba biológica para acceder a la verdad, cuando ésta sea la única prueba con la que se cuenta.

6.a.4.- Analizar cuál es el criterio mayoritario adoptado por nuestros jueces.

6.b.-Objetivos Específicos.

6.b.1.- Comprobar si para solicitar el examen genético, ya sea a pedido de la parte o de oficio es necesario acreditar el posible vínculo existente entre la madre y el demandado.

6.b.2.- Indagar que ocurre si el demandado a realizarse la prueba biológica fallece fallece.

6.b.3.- Demostrar la viabilidad de reclamar daño extramatrimonial y patrimonial derivado de la negativa del renuente.

6.b.4.- Confrontar la tensión existente entre el derecho a la identidad y los derechos invocados por el demandado como el derecho a la intimidad, a la integridad física, el derecho de no autoincriminación en el tema de filiación.

7.- Marco Teórico.

Hay derechos y prerrogativas esenciales del hombre, entre ellas, debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen.

Nuestra legislación trata de asegurar a cada persona su derecho a conocer su origen biológico y por ende su emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le pertenece.

Un particular sustento lo hallamos en la Convención de los Derechos del Niño. Sostiene que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de sus elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad.¹“Los Estados partes se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares conforme con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando algún niño sea privado de algunos de los elementos de su identidad o de

¹ Mizrahi, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas.” Astrea Bs. As. 2006, pág. 58

todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a reestablecer rápidamente su identidad.” (Art 8 párrafo 1 y 2 CDN)²

Nuestro derecho ha reconocido el valor de las pruebas biológicas de la filiación, así el art. 253 C Civ. Establece que en las acciones de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.³ Y si alguna de las partes no se somete a ellas, pesará un indicio en contra de su posición, como lo determina el art. 4 de la ley 23511.⁴

Es importante recordar que el derecho a la identidad forma parte de los derechos implícitos que nuestra constitución reconoce en el art. 33.

Durante el desarrollo del trabajo podremos observar diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales referentes a temas puntuales. En cuanto a si la negativa a someterse a la prueba biológica se trata de un indicio o una presunción, nos encontramos con dos posturas doctrinas y jurisprudenciales enfrentadas.

Una de ellas sostiene que debe considerarse a la negativa del renuente como un indicio fuente de presunciones.

La otra que debe considerarse a esa conducta como presunción derivada de la ausencia de colaboración para la realización de los estudios pertinentes.

Refiriéndonos al tema de si la sola negativa es suficiente para que nuestros jueces dicten sentencia o si necesita ser acompañado por otros medios probatorios,

² Convención sobre los Derechos del Niño Art. 8 disponible en www.infoleg.gov.ar

³ Bossert, Gustavo A. – Zannoni, Eduardo. “ Régimen legal de la filiación y patria potestad, ley 23264” Astrea Bs. As. 1992, pág. 16.

⁴ Chieri - Zannoni. “Prueba del ADN” pág. 194 en Mizrahi, op. cit. pág. 109.

también encontramos diferentes posturas jurisprudenciales sosteniendo uno u otro criterio y una posición intermedia.

Posición negativa: la sola negativa es insuficiente para dictar sentencia

Posición Intermedia: la negativa necesita de muy escaso complemento probatorio para que el juez dicte sentencia.

Posición positiva: la sola negativa es suficiente para dictar sentencia.

Y acerca de a si es posible ejercer la compulsión física sobre el renuente para la realización de la prueba biológica, nos encontramos con diferentes opiniones. Una de ellas a favor de ejercer la compunción física como medio exclusivo de comprobación biológica, que permita la inclusión o exclusión del vínculo filial y la otra opinión en totalmente en contra de la compulsión sosteniendo que se trata de una violación a diferentes derechos consagrados en la constitución.

El estudio de cada postura doctrinaria y jurisprudencial nos permitirá optar por una de ellas y colaborar a afirmar nuestra hipótesis o a refutar la misma.

Capítulo I

FILIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción 2. Filiación, conceptos: restringido y amplio. 3. Efectos que derivan a partir de la determinación de la filiación: efectos civiles; efectos penales; efectos procesales. 4. Clases de filiación. 5. Evolución legal en el derecho argentino. 6. Restricciones del derecho tradicional a la búsqueda de la realidad biológica. 7. Debilitamiento de las restricciones tradicionales y la búsqueda de la verdad biológica. 8. Principios rectores del régimen legal vigente. 9. Jurisprudencia sistematizada. 10. Constitución nacional: reforma 1994. 11. Conclusión.

1.- Introducción.

En este capítulo nos adentramos en el tema de filiación, sus diferentes conceptos, las clases y los efectos que produce se determinación. También desarrollaremos su evolución en nuestra legislación y los principios rectores en materia de filiación, como lo son la igualdad filiatoria y la verdad biológica. Todo ello para situarnos en le tema y poder desarrollar el trabajo en base de conceptos previos.

2.-Filiación.

Conceptos: restringido y amplio.

En un sentido restringido, habría solo filiación si se estableciera la relación jurídica entre el padre o la madre y el hijo, tras el respectivo emplazamiento filial. En suma, cuando una determinada realidad es reconocida y regulada por el derecho mediante la correspondiente investidura legal que crea el título de estado y los derechos y deberes que de allí se generan. Desde esta perspectiva no hay filiación sin una declaración de la ley que así lo determine.

Como con rigor lo precisa Puig Peña – adhiriendo al concepto restringido del instituto-, la filiación es el “ nombre jurídico” que recibe la relación natural de generación, y está al traducirse al campo del derecho, “viene a producir consecuencias de particular relieve”, de tal manera que esa traducción ”no es una mera tautología” o “solo un cambio de palabras”, sino que se origina “una verdadera investidura”, “un estado”, con el consiguiente entrecruces de derechos y obligaciones”¹.

Y en un sentido amplio, la filiación incluiría el hecho de la mera procreación biológica, aunque no haya trascendido el campo jurídico como también los otros casos

en que el derecho configura el emplazamiento paterno filial, así sea como resultado de las diferentes técnicas de procreación artificial o cuando se acude lisa y llanamente a la figura adoptiva, en la que está ausente por completo la base biológica en las líneas maternas y paternas.²

Podemos concluir que la filiación es la relación jurídica que brota del hecho de la procreación o del acto jurídico de la adopción, en una por generación biológica y en otra por asimilación legal. Es el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por ley como “padre” o “madre”, en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro. Tiene así lugar, en consecuencia, las llamadas filiación paterna o materna.³

3.-Efectos que derivan a partir de la determinación de la filiación.

Una vez que el estado filial este determinado, entre padres e hijos comienzan automáticamente a surgir efectos entre estos.

El conjunto de normas que se refieren a esta relación, conforman el instituto civil de la filiación, concerniente a la vida civil en general, a la familiar en particular y a la niñez hasta la mayoría de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7, consagra al nacido el derecho a tener un nombre y una nacionalidad, como así mismo a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la medida de lo posible.

De esta cláusula fundamental se infiere, pues, que la filiación biológica y la adoptiva, por extensión producen efectos jurídicos varios que en lo personal, se centran en la identidad y en la responsabilidad. La primera, porque el vínculo con sus progenitores constituye para el niño la primera de sus determinaciones individuales, de

la que enseguida devienen, el nombre, la nacionalidad y otras que le dan una presencia única e irrepetible en el orden social, la segunda, porque quienes llaman a la vida a un hijo deben costearle los cuidados que demandan la indigencia propia de la niñez.⁴

Otros efectos que surgen a partir de la determinación del vínculo y que son de suma importancia, a los cuales podemos dividir en civiles, penales y procesales son los siguientes;

3.a.-Efectos Civiles.

- a) Es la base de los impedimentos matrimoniales (art. 166 Código Civil)
- b) Es fuente de la obligación alimentaria (art. 367 a 376 Código Civil) solo comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y asistencia frente a las enfermedades, siempre que demuestre la necesidad, la imposibilidad de procurárselo o de poseer bienes y que el alimentante tenga la posibilidad económica de suministrarlos. En el caso de los parientes por afinidad se deben alimentos el suegro/suegra hacia el yerno o nuera y viceversa y padrastros, madrastras e hijastros.
- c) Es fuente del derecho de visitas (art.376 bis).
- d) Legítima para promover acción de nulidad de matrimonio de ciertos parientes (arts.219 y 220 del Código Civil).
- e) Legítima para iniciar o continuar las acciones de impugnación de la paternidad (arts. 258 y 259 Código Civil).
- f) Confiere derechos a la tutela y curatela legal (arts.390, 470,477 y 478 del código Civil)

- g) Permite ser beneficiario del bien de familia (art. 30 ley 14.394).
- h) Es presupuesto de la vocación hereditaria legítima (arts.3545, 3565,3576 bis Código Civil)
- i) Confiere la patria potestad de los hijos menores (art. 264 Código civil)
- j) Legítima para iniciar la insania (art. 144 inc. 2º Código Civil)
- k) Habilita para solicitar la internación de los parientes afectados de enfermedades mentales, alcoholismo o toxicómanos, para su asistencia en establecimientos adecuados (art.482 Código Civil).
- l) Atribuye derecho prioritario y excluyente de acuerdo a un orden legal para disponer la ablación de órganos conforme ley 24.193
- m) Legítima para pedir la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 24 de la ley 14.394.)

3.b.-Efectos Penales.

- a) Elemento constitutivo de delitos: incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (arts. 1 y 2 ley 13.944) y de matrimonio ilegal (arts.134y 135 del Código Penal).
- b) Elemento agravante en la calificación: homicidio (80 y 82 Código Penal), lesiones (art. 92 Código Penal), violación (art. 122 Código Penal), estupro (art. 123 Código Penal), abuso deshonesto (art. 127 Código Penal), privación de la libertad (art.142 inc.2º Código Penal)

c) Elemento eximente de responsabilidad: encubrimiento de parientes (art. 279) Código penal).

d) Autoriza a determinados parientes a iniciar la acción penal por calumnias e injurias inferidas al damnificado fallecido cuando no la hubiera entablado aquel en vida (art. 75 Código Penal).

3.c.-Efectos Procesales.

a) Inhabilita para ser testigo (arts. 427 CPCN., 217 Código Procesal Civil y Comercial Santa Fe).

b) Es causal de recusación y excusación de los magistrados (arts. 17 incs. 1º y 2º CPCN, 10 inc.1º Código Procesal Civil y Comercial santa Fe).

c) Impide solicitar la quiebra a los ascendientes o descendientes del deudor, art 81 ley 24.522.

d) Impide ser síndico a los que se encuentran respecto del fallido en el supuesto que permita la reacusación con causa de los magistrados, art.256 de la ley 24.522.⁵

Todos los efectos que hemos mencionados surgen en todas las clases de filiación que ha continuación desarrollaremos.

4.-Clases de Filiación.

El Código distingue la filiación por naturaleza o biológica y la filiación por adopción (art.240). La primera es la que viene de la generación natural, o sea de la unión de los gametos que aportan el varón y la mujer, en tanto la segunda surge de una

sentencia judicial, merced al cumplimiento de ciertos requisitos legales que dan el emplazamiento filial (arts.311 al 340).

En la filiación biológica, la ley hace otra distinción. Antes de la reforma existía el propósito de enaltecer la familia matrimonial, y se daba entre la filiación legítima, que era la de los que habían sido concebidos durante el matrimonio de sus progenitores, y la filiación extramatrimonial, que correspondía a los concebidos fuera del matrimonio. La ley presumía concebidos dentro del matrimonio a los que habían nacido después de ciento ochenta días del casamiento de la madre, válido o putativo, y hasta trescientos días después de su disolución o anulación

En el nuevo marco normativo, la concepción cambia porque la igualación de los hijos solo admite distingos que sirvan a su mejor protección. Consecuentemente, la clasificación anterior cesa, y da paso a otra con la única finalidad de atender la determinación de la paternidad y sus efectos, estableciendo como filiación matrimonial la de los concebidos o nacidos durante el matrimonio de los padres, válido o putativo, y como filiación extramatrimonial la de los concebidos y nacidos fuera del matrimonio (arts. 243 y a contrario sensu)

En la filiación adoptiva, también las normas distinguen; hay hijos de adopción plena; que es irrevocable y les confiere una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica, y adquiriendo todos los derechos y deberes del hijo biológico en la familia adoptiva (art. 323); a si mismo hay otros hijos por adopción simple; que les confiere la posición del hijo biológico respecto del adoptante, pero no les crea vínculos de parentesco con la familia biológica de este, manteniendo incólumes los que los enlazan con su familia de origen (art. 329).⁶

5.-Evolución legal en el Derecho Argentino.

Una vez definidos las distintas clases de filiación, nos resulta interesante observar como se fue evolucionando en materia de filiación en nuestro derecho.

La evolución del derecho nacional registra etapas cuyos mojones más importantes, a partir del código civil, están constituidos por la leyes 14.367 y 23.264, las leyes ratificatorias, principalmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los derechos del Niño, y la reforma constitucional

La ley 14.367, sancionada el 30 de septiembre de 1954 y promulgada el 11 de octubre de ese año, suprimió las discriminaciones públicas y oficiales entre hijos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que el código establecía entre las últimas, colocando a todas estas en un pie de igualdad, y prohibiendo toda referencia al carácter de la filiación en las partidas de nacimiento.⁷

Desde entonces, se distinguió, entre hijos legítimos o matrimoniales e hijos ilegítimos o extramatrimoniales y se mantuvo la diferencia en cuanto a la porción hereditaria, solo se elevo a un medio la porción de estos últimos.⁸

Importa señalar que la ley 14.367 no derogó expresamente ningún artículo del código civil, sino que las derogaciones que comportó fueron tácitas.

La ley 17.711 sustituye la redacción del art. 250 exceptuándose de la presunción de paternidad legítima a los hijos nacidos después de 300 días de la separación cuando mediaba juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, salvo que se probara la reconciliación de los esposos durante la época de la concepción.

En el año 1985 entra en vigencia la ley N° 23264, dando lugar a un cambio de paradigma en la regulación de la filiación y patria potestad. Sus contenidos exceden los márgenes de la equiparación de los efectos de la filiación matrimonial y la extramatrimonial incluyendo una reforma integral de los regimenes de una y otra que se proyecta a todo el parentesco. En efecto, teniendo en cuenta que las categorías tradicionales han venido perdiendo sustento y que ambos padres se sitúan en un plano familiar de igualdad, la legitimidad de los hijos no constituye ya una defensa de la estructura familiar, pues las relaciones derivadas de la procreación son asimiladas por ser tales, en virtud del reconocimiento de la responsabilidad que el padre y la madre deben asumir por ser tales⁹ y dando cumplimiento al compromiso asumido por nuestro país al ratificar la Convención Americana sobre derechos Humanos, que en su artículo 17 dice: “Los estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo... La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Con esto se termina con la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio y se busca que el vínculo jurídico concuerde con el biológico.

El cambio se percibe claramente en el interés tutelado; se pasa de la familia matrimonial como centro de protección al amparo del interés del hijo matrimonial o extramatrimonial y su derecho de acceder a su verdad. Mientras en el código de Vélez se privilegiaba la posesión de estado, a través de un conjunto de derechos y de deberes recíprocos que daba lugar a un sistema cerrado apoyado en presunciones *iure et de iure* que podía corresponderse o no con la realidad biológica; la ley 23264 crea un sistema abierto apoyado en presunciones *iuris tantum*, tendiente a determinar en todos los casos el vínculo biológico.

6.-Restricciones del Derecho Tradicional a la Búsqueda de la Realidad

Biológica.

El derecho tradicional limitó las posibilidades de llegar a la realidad biológica en materia de filiación, restricciones que aunque sustancialmente atenuadas legan a nuestros días.

Se invocó de manera inveterada la necesidad de preservar la paz de las familias, dado que había un interés del estado en protegerlas evitando desordenes en su organización. Tal ideología llevo a vedar la posibilidad de que tengan lugar los pleitos inmorales y escandalosos, que ocasionarían perturbaciones en las bases fundamentales de la sociedad. Respecto a ello, las leyes establecieron una rápida caducidad de las acciones para impugnar la paternidad, la limitación de los sujetos que están legitimados activamente para llevarla a cabo, etc., que poco compadecen con el criterio de unificar en un mismo sujeto al padre jurídico y al progenitor. El actual art. 259 del Cód. Civil, que solo autoriza a ejercitar la acción de impugnación al marido y al hijo, (no incluyendo a la madre ni al tercero que invoca su condición de progenitor) y establece para el primero el escaso plazo de caducidad de un año.

Por otra parte, en el vernáculo impuesto por la codificación, comprobaremos la terminante restricción de nuestro código civil a la posibilidad de determinar el origen genético de los sujetos cuando se trataban de los llamados hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos; el primigenio art. 341 prohibía “ toda indagación de paternidad o maternidad”, el art. 342 disponía que tales hijos ”no tienen, por las leyes padre o madre ni parientes algunos”; y el art. 344 prescribía que “ no tienen derecho a la sucesión del padre o de la madre”.¹⁰

7.-El Debilitamiento de las Restricciones Tradicionales y la Búsqueda de la Verdad Biológica.

A partir del siglo XX, surge la democratización de la familia nuclear y el reemplazo de las relaciones de subordinación por otra de corte igualitario.

A raíz de este cambio, ligado al progresivo reconocimiento de los derechos de los niños, en particular el de la identidad, entra en crisis la regla que atribuía la paternidad de los hijos al marido de la madre, tal como estaba concebida en su severa formulación originaria. El principio, ya no constituirá un dogma de naturaleza prácticamente imperativa, sino que comenzará a describirse por el derecho como una mera presunción *iuris tantum* que admitirá un dilatado campo de pruebas en contrario.

Es cierto que se siguió manteniendo como principio la presunción de paternidad al hombre que a cohabitado con la madre en el periodo de concepción.

La amplitud probatoria que el derecho posmoderno consagra para desvirtuar la presunción de paternidad del marido de la madre se explica, además, por la pérdida de vigencia del tradicional axioma *pater incertus*. Esta concepción impulsó a hacer la prueba impugnatoria muy difícil cuando el hijo ha sido concebido fuera del matrimonio.

Al permitir los adelantos de la ciencia la determinación del origen genético de las personas con absoluta certeza, sumado a la nueva orientación biológica que se imponía en el mundo, no quedaba otra alternativa que postular la libre investigación de la paternidad, y ello desde la premisa de que el “padre” es el que engendra al hijo y no siempre el marido de la madre, con lo que se desmantela el cuadro jurídico que permitía la ocultación hipócrita de la filiación.

Uno a uno se fueron quedando desarticulados los tradicionales argumentos que permitían justificar la tesis de restricción probatoria que regia en la institución; al existir medios científicos que permitían determinar con precisión la paternidad de las personas, carecía de sentido limitar los casos en que aquella podía ser desconocida. Además ya no se corría el riesgo de que quedaran emplazados con hijos extramatrimoniales pues los códigos consagraban la equiparación de las filiaciones y con respecto a la paz familiar y a la necesidad de evitar pleitos escandalosos, el propio Vélez Sárfield se había encargado de demostrar su inconsistencia con la lúcida replica que obra en su nota al art. 325 de Código Civil; “ Los hijos naturales tiene acción para pedir ser reconocidos por el padre o por la madre o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o de la maternidad todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurran a demostrar la filiación natural “ a la que en la actualidad se le suma la indiscutible prioridad que reviste el derecho a la identidad de los niños .¹¹

8.-Principios Rectores del Régimen Legal Vigente.

El sistema vigente encuentra sostén en dos principios, **la igualdad** de los hijos y **la verdad biológica** que actúan como pilares de todo su contenido.

“La nueva ley de patria potestad y filiación importa un cambio no sólo de normas, sino fundamentalmente de criterios más acordes a la realidad y a la naturaleza de las cosas. El ciclo que inaugura la ley 23.264 importa la culminación del proceso de evolución hacia la absoluta igualdad de las filiaciones. Ello significa sostener que la relación jurídica determinada por la procreación, no presupone un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores”.¹²

8.1.- El principio de Igualdad.

Había tenido un jalón importante en la ley 14.367, del año 1954, que igualó a los hijos extramatrimoniales, poniendo fin a la anacrónica distinción que se hacía entre naturales, adulterinos e incestuosos, pero subsistía -principalmente en lo hereditario- entre ellos y los llamados legítimos, a quienes la ley prefería en su respaldo a la familia matrimonial. Al socaire de las nuevas circunstancias imperantes, la reforma que introdujo la ley 23.264 pone fin al régimen desigual, equiparando a los matrimoniales, los extramatrimoniales y los adoptivos.

Ello no significa que la ley desconozca la existencia de una filiación matrimonial y otra extramatrimonial, “si lo hace no es para discriminar entre una y otra, sino para distinguir el supuesto de hecho que exige aludir a una u otra, por la diferente solución legal que, en razón de supuestos de hecho, también distintos, ha de consagrar en particular”¹³. El trato desigual surge del segundo párrafo del artículo 240 del C Civ” la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código. La presunción de la paternidad matrimonial no puede ser idéntica a la extramatrimonial, pues en la primera se parte de presunciones legales por la existencia del matrimonio que obviamente no están en la última, y consecuentemente, también son disímiles las acciones filiatorias, sean de reclamación o impugnativas.¹⁴ Esto no significa ningún tipo de discriminación, sino el reconocimiento legal a los distintos emplazamientos biológicos, de ahí que si bien ambos tipos de filiación “surtan los mismos efectos”. Este principio se concreta en una doble vertiente: los hijos son iguales en sus derechos, y todos los hijos tienen el derecho al reconocimiento y determinación de su origen¹⁵

La igualdad de los hijos está reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que su art. 17 inc. 5 reza: “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo “. Exigible en nuestro país tras su ratificación, por ley 23.054 del año 1984, explica que el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas sólo puedan expedir certificados de nacimiento en que no conste si ha habido concepción dentro o fuera del matrimonio, o adopción (art. 243)

8.2.- El principio de respeto por la verdad biológica.

La legislación civil admitía la indagación de la paternidad y la maternidad, y preveía acciones judiciales de reclamación o impugnación para que las personas pudiesen contar con su verdadera filiación. Sin embargo, fijaba determinados límites - principalmente temporales- para dar certidumbre a las relaciones parentales, y establecía prohibiciones que miraba al resguardo de la familia matrimonial.

La reforma legal guarda consecuencia con la igualdad filial que establece y, a la vez que mantiene los límites de certidumbre indispensables, acuerda a la verdad biológica un mayor acento sobre tres mojones inequívocos: primero remueve obstáculos jurídicos, como la prohibición de atribuir un hijo extramatrimonial a la mujer casada que lucía en el art. 326 ahora derogado, segundo, en las acciones judiciales de filiación admite toda clase de pruebas, incluso las biológicas (art. 253) como la de histocompatibilidad, ADN, y tercero siempre que un menor de edad aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, manda al Registro de Estado Civil que curse comunicación al Ministerio de Menores para que procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento por el supuesto padre, o en su defecto promueva acción judicial al efecto si media conformidad expresa de la madre (art.255)¹⁶. La finalidad del

sistema es alcanzar la concordancia entre el vínculo jurídico de la filiación por la naturaleza con el vínculo biológico resultante de la procreación, asistiendo a un sinceramiento de las relaciones familiares al permitir que el hijo tenga acceso en todos los casos a la verdad biológica.¹⁷

Lo expuesto no significa que lograda establecer la verdad del vínculo sanguíneo e impuesta una paternidad, ello va a servir para alcanzar que cada padre cumpla con sus obligaciones, pues ser padre y recíprocamente hijo de alguien no es solo un vínculo sanguíneo sino afectivo, cultural, sociológico, etc., voluntad que normalmente se mantiene en forma reiterada, continuamente más allá de un vínculo jurídico.

En el actual derecho positivo argentino, el espíritu del legislador apunta con mayor rigor a hacer coincidir la filiación con la verdad genética. En particular, ello se verifica con el actual contenido de los art. 240, 242, 253 a 255, 258 y 261 a 263 de Cód. Civil. Tal vez especial mención merece el art. 256 a pesar del importante valor que se le otorga a la posesión de estado, al equipararla al mismo reconocimiento expreso, su eficacia se mantiene siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”.

Esta verdad a ultranza dada por las pruebas biológicas también servirá para demostrar la exclusión sobre un estado filiatorio determinado y con ello terminar con reconocimientos de complacencia, a veces bien intencionados pero irreales.¹⁸

9.- Jurisprudencia.

9.1-La nueva normativa ley 23464, dirige sus miras a privilegiar la coincidencia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos que involucran a las personas. Así, si el examen ha de recaer sobre un cadáver, tendiendo a la obtención de los datos

científicos imprescindibles, habida cuenta de la alta especialización que requiere la investigación y estudios de la materia a considerar, debe recabarse al información correspondiente.¹⁹

9.2- La ordenación oficiosa de la prueba de histocompatibilidad tiende al amparo del art. 253 del Código Civil, a un mejor acercamiento a la verdad del nexo biológico investigado, como que no obstante la contundencia testimonial, por las características propias de la acción a más de la firme negación por los demandados, es razonable que se instalara también un margen de duda.²⁰

9.3- La investigación de la verdad debe prevalecer sobre las presunciones e indicios legales privilegiando, con el máximo de certeza posible, la coincidencia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos que involucran a las personas.²¹

9.4- En la averiguación de la verdad biológica no está en juego solamente intereses privados sino que está el interés público como lo es el estado de las personas. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño su derecho a conocer su origen. La justicia no aspira solamente a llegar a la verdad judicial, conforme a las pruebas rendidas; va más allá, al buscar la realidad objetiva de la existencia o no existencia de un nexo paterno-filial.²²

10.-Constitución Nacional - Reforma 1994.

A partir de la reforma constitucional de 1994, en donde se receptan algunos tratados con jerarquía constitucional, tal como lo establece el art. 75 inc. 22, comienzan a surgir conflictos entre normas constitucionales originarias y normas constitucionales de orden internacional.

La mayoría de los autores propician la sincronización recíproca a tenor de dos pautas liminares: a) cada caso concreto debe resolverse aplicando la norma que proviene de la fuente más favorable a la persona humana y sus derechos; b) Obliga a interpretar los derechos reconocidos en la constitución, de conformidad con los tratados sobre Derechos Humanos en los que el estado es parte. La combinación de una pauta con la otra, conduce al principio de retroalimentación entre las dos fuentes debiéndose buscar la norma más favorable a cada caso en el que hay derechos humanos en juego.²³

La complitud 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 y vigencia y requieren una interpretación que las concilie en vez de oponerlas entre sí.

El conflicto que la jurisprudencia ha registrado con singular frecuencia es el planteo entre los derechos a la intimidad, la integridad, la libertad, la defensa en juicio, ante la exigencia de prueba hematológica por el que reclama la verdadera filiación de sangre, en concreto, frente al art. 4 de la ley 23.511 y fundamentalmente, ante el derecho a la identidad.

11.-Conclusión.

Desde el contenido de este capítulo, hemos comprendido la importancia y el valor social que la persona adquiere con la determinación de su filiación.

A partir de encontrarse emplazado en el estado de hijo, surgen automáticamente efectos civiles, penales y procesales que modifican su realidad.

En cuanto al encuadre y evolución legal, pensamos que nuestro derecho fue evolucionando hasta igualar las filiaciones. Con la ley 14.367, se deja de lado la clasificación de hijos naturales, adulterinos y sacrílegos y se comienza a hablar de hijos legítimos o matrimoniales y de hijos ilegítimos o extramatrimoniales. Otro progreso se produjo en 1987 con la ley 23264, donde se busca la igualdad en las filiaciones y si bien perduran diferencias, estas sólo son en relación a la cuestión fáctica y no a un juicio de valor que conduzca a privilegiar de algún modo la filiación matrimonial. Las diferencias se centran en la determinación ya que, en cuanto a los efectos, el art. 240 Código Civil establece que todas las filiaciones surten los mismos efectos. El sistema adoptado por nuestro código, de que exista una regulación separada de la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial nos parece acertado. De este modo no se afecta el principio de unidad sino que por el contrario permite que ambas situaciones sean tratadas de acuerdo a como cada una de ellas lo requiera, ya que no puede ser igual, por ejemplo, la presunción. en uno y otro caso. Esta diferencia que comienza en la determinación finaliza cuando a todas se les otorga los mismos efectos. Es de distinguir que cuando la ley hace mención de los hijos matrimoniales, entendemos que no lo hace en un sentido discriminatorio sino que lo hace para indicar que está fuera del matrimonio, y así aplicar el procedimiento que corresponde permitiendo establecer la filiación de quien lo requiera.

Capítulo II

ACCIÓN DE FILIACIÓN Y PRUEBAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Protección judicial de la filiación: acción de filiación. 3. Las pruebas en las acciones de filiación.; Objeto de prueba. 4. La prueba biológica; 5. sistemas: a) pruebas hematológicas; b) Antropomórficas y fisiológicas; c) Sistema H. L. A d) A.D.N. 6. Recaudos para la realización de los exámenes genéticos. 7. Otros medios de prueba; pruebas tradicionales. 8. Medios de prueba en el extranjero. 9. Conclusión

1.-Introducción.

Una vez ubicados en el ámbito de filiación, nos detendremos en su protección judicial, “la acción de filiación” y las pruebas necesarias en este tipo de procesos, fundamentalmente en la prueba biológica, su función en la actualidad y un listado de recaudos que a nuestro entender debe asegurar la judicatura. Los medios de prueba tradicionales y los medios de prueba utilizados en el extranjero

2-Protección judicial de la Filiación.

2.a.-Acción de Filiación.

El hijo tiene derecho a accionar judicialmente para que se dirima su filiación real, matrimonial o extramatrimonial, en todo tiempo (arts. 254, 259, 263); se trata de un derecho fundamental, y por ende indisponible, irrenunciable e imprescriptible (art.251).

La acción judicial puede ser de impugnación o de reclamación: en la primera, para obtener el desplazamiento de la filiación que tiene; en la segunda, para lograr el emplazamiento en la filiación que no tiene.

Guardando correlato con lo que sucede en el reconocimiento, el art.252. estatuye que la reclamación que importa dejar sin efecto una filiación actual debe hacerse simultánea o ulteriormente a la impugnación de esta.

La regulación contiene normas que favorecen la acreditación del vínculo: 1) En las acciones de filiación se admite toda clase de prueba, incluso las biológicas, que pueden ordenarse de oficio o a petición de parte; 2) La posesión de estado debidamente acreditada tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, salvo prueba en

contrario; 3) El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hace presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

La amplitud en los medios de prueba sirve a la verdad biológica como principio cardinal en esta materia, tanto para la impugnación como para la reclamación (art.253), y abre puertas a todos los que aporte el proceso que la ciencia y la técnica ofrezcan al efecto. Huelga señalar su importancia, como así mismo la que tiene la posibilidad que se brinda al juez de ordenar las diligencias que – mas allá del celo que muestren las partes - sirvan a una probabilidad acumulativa y a una conclusión cierta en su pronunciamiento.

Cuando ha habido posesión de estado, es decir cuando alguien ha venido recibiendo el trato, el nombre y la fama que lo distingue como hijo, la acción de reclamación prospera con probarla, dado que el mismo texto legal le da el valor de un reconocimiento expreso. Queda al demandado la posibilidad de probar que, pese al trato, el nombre y la fama de hijo, no existe el vinculo biológico de generación (art. 256).

En la filiación extramatrimonial, la prueba en juicio sobre el concubinato al tiempo de la concepción- que en nuestro sistema se entiende comprendido entre los ciento ochenta y los trescientos días anteriores al nacimiento- basta para que se presuma la paternidad del concubino de la madre. Queda al demandado la posibilidad de probar que el hijo no procede biológicamente de esa relación de hecho (art. 257).

Cuando un menor de edad aparece inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro de estado civil debe cursar comunicación al Ministerio de Menores para que procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento por el supuesto padre, o

en su defecto promueva acción judicial al efecto si media conformidad expresa de la madre (art.255).

Finalmente, la posibilidad que la ley reconoce a padres o a terceros interesados en impugnar la paternidad o la maternidad se encuentra limitado; la verdad biológica halla con fin en la seguridad jurídica indispensable para las relaciones de familia y el normal desarrollo del hijo en su niñez.

Así, la mujer puede impugnar su maternidad únicamente cuando alegue sustitución del hijo o incertidumbre acerca de su identidad. Empero, el marido o sus herederos o cualquier tercero que invoque interés legítimo puede impugnarla en cualquier tiempo (art.262).

El marido puede impugnar su paternidad durante un año a partir del nacimiento del hijo que se le atribuye como matrimonial, o a partir del momento en que lo ha sabido si prueba que no tuvo conocimiento *ab initio*. Si fallece durante ese año sus herederos pueden iniciar la acción judicial durante el tiempo que resta hasta su vencimiento, como así mismo continuar la acción por el iniciada (art.259).

Los terceros que invoquen interés legítimo pueden impugnar la paternidad de quien ha reconocido un hijo extramatrimonial, pero sólo puede hacerlo dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se han enterado del reconocimiento (art.263)²⁴

3.-Las pruebas en las acciones de filiación.

3.a.- Objeto de la Prueba.

Íntimamente ligado con el tema anterior, a continuación hablaremos de la prueba en esta clase de acciones. Estas pruebas permiten que el pronunciamiento coincida perfectamente con la verdad real sin vestigio de duda alguna.

El objeto de la prueba en las acciones de filiación es siempre el nexo biológico paterno-materno-filial, ya sea para demostrar que no existe entre aquellos que aparecen como madre- padre e hijo o que existe entre un pretense padre o una pretense madre, o ambos, y un hijo.

La trascendencia única e irremplazable del nexo biológico se debe a que en él reside la esencia de la filiación, pero siendo, en principio, imposible demostrar directamente la generación, el objeto de prueba se desplaza tradicionalmente a extremos que permiten inferirla. La precedente afirmación se encuentra actualmente conmovida por el afianzamiento científico de medios de prueba que demuestran directamente el hecho generacional.

4.- La prueba biológica.

Nos parece fundamental señalar que en este tipo de juicios actualmente cumplen un primordial rol las pruebas biológicas. Se denominan así los procedimientos científicos que establecen, con un elevadísimo grado de certeza, el porcentaje de probabilidad de inclusión o exclusión de una persona en la paternidad o maternidad de otra. Tales técnicas han evolucionado enormemente. En su origen, no sumaban mucho más que un mero indicio al proceso (tests de parecidos físicos, pruebas hematológicas, etc.), valioso como elemento coadyuvante de otras pruebas.²⁵ Cabe destacar que alguno

de estos métodos, como el de sistemas sanguíneos, alcanzaba absoluta certeza como prueba negativa. Es decir, podían dar plena seguridad a fin de determinar la no paternidad de una persona. Pero no servían para avanzar seriamente por sí solas en el problema concreto de saber quién era el progenitor.²⁶

Con el tiempo, la aparición de la prueba de histocompatibilidad o HLA (Human Lymphocyte Antigen) vino a aportar un fundamental avance en la materia, estableciendo márgenes de acierto de entre el 96 y 99,9 % en la probabilidad de paternidad o maternidad.²⁷

Actualmente, una prueba biológica aún más precisa ha venido a allanar los inconvenientes que ofrecía la indagación de la paternidad. Se trata de la prueba de tipificación del ADN (ácido desoxirribonucleico), que permite determinar con absoluta certeza la herencia genética, superando las dudas que presentaban las técnicas anteriores.²⁸

Así es que en las acciones relativas a la filiación el art. 253 del Código Civil establece que se admitirán toda clase de pruebas. Éstas deben tender a formar un conjunto de elementos que lleven al juzgador a la íntima convicción de que el hijo sea realmente de determinada persona.

La investigación de la filiación, con estos criterios, fue de alguna manera visualizada por el Codificador en la nota al artículo 325 del C. C.. Vélez Sársfield al referirse a las legislaciones sobre el punto, a la época de la sanción del Código, ya nos decía que la prohibición de la investigación de la paternidad tenía por fundamento evitar pleitos inmorales y escandalosos; pero advierte que el escándalo no es patrimonio exclusivo de estas causas pues puede darse también con frecuencia en los casos de nulidad de matrimonio, adulterio, etc.. No es por la moral que se prohíbe la indagación

de la paternidad sino por lo difícil de la prueba de los hechos. En la naturaleza de las cosas -afirma Vélez- la maternidad es cierta e indudable pero no en el pleito, si no es que el juez haya asistido al parto. El Juez, por aquella época, debía decidir casos por las declaraciones de testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes.

Los avances científicos de nuestro tiempo, con logros inimaginables en el siglo pasado, coronan con éxito las agudas apreciaciones del Codificador. Si el punto central en materia de acciones de filiación no es la moral o el escándalo sino la dificultad de la prueba de los hechos, hoy es posible afirmar que los elementos y técnicas para la demostración de la paternidad y maternidad pueden, sin lugar a dudas, llevar al juez a la certeza de la verdad real.

En las acciones de filiación las pruebas biológicas pueden ser ordenadas de oficio por el juez (art. 253 del C.C). El principio que inspira, en general, el procedimiento procesal civil indica que corresponde a las partes probar los hechos en que sustentan el reclamo de sus derechos. Salvo en casos excepcionalísimos, la actuación del juez se halla circunscripta a la órbita del material aportado por aquellas.

El Código Civil, en el art. 253, contiene directivas en materia de procedimiento. Cuando la norma sustantiva incluye normas procesales, reservadas constitucionalmente a las provincias, lo hace para garantizar atributos esenciales de la persona.

Los juicios de filiación inciden en el estado de la persona. Se encuentran comprometidos derechos esenciales, cuya protección justifica esta facultad otorgada a los magistrados.²⁹

5.-Sistemas.

La bibliografía jurídica sobre el tema especifica con criterios diferentes los distintos sistemas imperantes en la actualidad. La caracterización técnica de estas pruebas biológicas, con precisión y rigor científico, escapa al profesional del derecho. Ello no significa que el juez, no obstante, no esté capacitado para apreciar los resultados que las mismas pueden arrojar. Los sistemas, pueden clasificarse así: a) Pruebas hematológicas, b) Pruebas antropomórficas y fisiológicas, e) Sistema H.L.A. y d) Sistema A.D.N.

5. a.- Pruebas Hematológicas.

Los hematíes de la sangre contienen en su superficie sustancias llamadas antígenos o factores de grupo, que permanecen inalteradas a lo largo de la vida del sujeto. Estos factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse en el padre o en la madre.

Concordamos con Bossert y Zannoni ³⁰ en que es posible reseñar ejemplos referidos a éste concepto y precisar luego el valor de las pruebas hematológicas. El sistema sanguíneo A.B.O. autoriza a elaborar cuadros de paternidad posible e imposible. Por ejemplo, siendo el padre y la madre del grupo "O", el hijo no puede ser del grupo "A/B". El sistema sanguíneo M y N permite clasificar la sangre en tipo "M", "N" y "MN".

El sistema sanguíneo "Rhesus" se refiere al factor RH positivo o negativo que permite formular tablas de posibilidades de paternidad. Ello también ocurre con el sistema sanguíneo "P", según que los glóbulos rojos contengan "Tipo P positivo" o "Tipo P negativo".

El estudio de los sistemas antes señalados no es suficiente por sí mismo para acreditar el vínculo biológico. Puede sí fundar en el ánimo del juez una fuerte presunción, debido a la gran probabilidad que supone el hecho de que existan concordancias en los diversos sistemas aplicados.³¹

Estos estudios, no obstante, pueden determinar la imposibilidad del vínculo por incompatibilidad entre los grupos sanguíneos.³²

La independencia de los sistemas sanguíneos significa, pues, que es suficiente encontrar incompatibilidades en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia de vínculos filiales.³³

5.b.- Pruebas Antropomórficas y Fisiológicas.

Las similitudes o diferencias entre las características físicas o fisiológicas del hijo y el presunto padre pueden añadirse como prueba en estos juicios. Estos medios probatorios pueden referirse a parecidos o diferencias físicas externas, o de estructuras orgánicas internas como la presencia de ciertas enfermedades hereditarias, particularidades que pueden hallarse en la columna vertebral.³⁴

5.c.- Sistema H.L.A.

Las semejanzas histoquímicas, desde el punto de vista antigénico, constituyen uno de los grandes capítulos de la inmunogenética o histocompatibilidad que permitió la realización de los trasplantes de órganos.³⁵

Los esfuerzos científicos en este terreno se remontan a 1952; en este año Jean Dausset estudió grupos de tejidos según su compatibilidad, grupos que tienen en materia

de injertos la misma importancia que los grupos sanguíneos en las transfusiones de sangre.

El descubrimiento de los antígenos de trasplante, llamados antígenos HLA, facilitó en aquella área la búsqueda del dador adecuado. Los marcadores que diferencian a los seres humanos son aproximadamente diez antígenos de histocompatibilidad; estos antígenos son heredados y la información para su síntesis se encuentra en el sexto par cromosómico. Cuando dos sujetos tienen sus diez pares de antígenos de histocompatibilidad iguales, un trasplante entre ellos puede resultar exitoso desde el punto de vista inmunológico.³⁶ Estos estudios permitieron la realización de los trasplantes de órganos entre personas. Más tarde fueron utilizados como pruebas para determinar la paternidad y la maternidad. La persona presenta de su padre y de su madre un par de antígenos de cada codificación; uno genéticamente materno y otro paterno, formando el complejo mayor de histocompatibilidad.

Las posibilidades de combinaciones permiten la determinación positiva de paternidad y maternidad con una certeza, en ocasiones absolutas, y en general superior al noventa y siete por ciento (97%).³⁷

5.d.- Sistema A. D. N.

El sistema ADN. llamado “Huellas de ADN.” (Ácido desoxirribonucleico) o “tipificación del ADN” o “Perfil del ADN” permite establecer tanto la maternidad como la paternidad y supera a las pruebas anteriores, que en su comparación parecen métodos primitivos.³⁸

No se discute en la actualidad la individualidad biológica de cada persona, en tanto es un ser único en su información genética –diferente de cualquier otro-, con la salvedad de los gemelos idénticos, monocigóticos o univitelinos

“Esta prueba se dirige directamente a la molécula del ADN, la cual, como si fuera un disco magnético de computadora, lleva codificada la información genética, que se hereda por mitades de la madre y del padre. Por lo demás se comprobó que desde la célula inicial – el cigoto, formada con la unión del ovulo y el espermatozoide de los progenitores inmediatos de un individuo- todas y cada una de las restantes células poseen la mentada sustancia.”³⁹ Para determinar el nexo biológico paterno filial, por ejemplo, se extrae una muestra, generalmente sanguínea del hijo, de la madre y de los posibles padres, para compararlas entre sí.

“Las muestras para la tipificación del ADN Pueden provenir de cualquier tejido del cuerpo (pelo, huesos, saliva, esperma, piel, órganos, etcétera) generalmente se obtiene por punción venosa. En la actualidad no es necesaria la punción venosa para extraer sangre, y el método que se va imponiendo es la determinación del ADN por hisopado de la mucosa bucal, en este método mal llamado de la saliva, se que permite obtener miles de células mediante un suave raspado-de escasos minutos- de la parte interna de la mejilla.”⁴⁰

5.d.1- Ventajas y beneficios del hisopado bucal.

1- Método no invasivo. No requiere punzar la piel, no hay agujas. No hay sangre, evitando situaciones traumáticas, infecciones especialmente en niños y recién nacidos. Evita la ansiedad.

2- Fácil y simple. Solo requiere un suave raspado de la parte interna de la mejilla. El procedimiento requiere un total de 4 a 8 hisopos por persona. La recolección de la muestra solo toma unos minutos.

3- A diferencia de la sangre, los hisopos no son sensibles al tiempo ni a la temperatura.

4- Al no usar tubos de vidrio se evita la ruptura de frascos con la consiguiente pérdida de muestras y riesgos inherentes al contacto con sangre, HIV, hepatitis, etc.

5- No tiene restricción de edad.

6- Es un método científicamente aceptado. Al igual que muchos de los sistemas de ADN provee un poder de exclusión de la paternidad superior al 99, 50 % y una probabilidad de paternidad superior al 99%.

Obtenida la muestra, y dado que los sujetos tiene un elevado porcentaje el mismo código genético, lo que se analiza son las diferencias existentes en la molécula – que se conoce con el nombre de “polimorfismo”- y que constituyen la clave de la identificación. Por lo tanto, no se consideran las áreas “monomóformicas” del ADN , que como su nombre lo indica son iguales en las personas.

No obstante, en la oportunidad de comenzar con los estudios del caso es fundamental tener en cuenta que cada individuo tiene dos marcadores genéticos (o tipos de alelos), uno que proviene de la madre y otro del padre. En un test de paternidad, en consecuencia la primera labor consiste en descartar las bandas que tienen en común la madre y el hijo, esto es, dejar de lado los marcadores genéticos en este y que fueron cedidos por aquélla. Efectuada dicha operación, se sabrá que todas las restantes bandas (que no están en la madre) necesariamente deben provenir del otro progenitor; de

manera que el segundo paso consiste en verificar este extremo a la luz de las muestras extraídas del padre alegado. Si el análisis de compatibilidad arroja un resultado negativo- porque los genes en cuestión no se hallan en aquel que se sospecha como padre- se concluirá que media exclusión, hipótesis en que se darán por finalizados los estudios, sin realizar cálculo estadístico alguno. Ello es así pues se entenderá que media una imposibilidad fáctica de que exista el vínculo biológico pretendido.

En cambio, si se detecta que el niño y el padre alegado son portadores de los mismos marcadores genéticos – luego del análisis de semejanzas de las regiones polimórficas-, lo que cabe demostrar es si la coincidencia se debe al azar o, por el contrario, si tienen su explicación en el origen genético común de los sujetos involucrados. La realización de este trabajo implicará determinar que proporción de personas de la misma población del que se indica como padre tienen una combinación de patrones de ADN igual a la muestra, para lo cual se acudirá a las estadísticas y tablas poblacionales adaptadas a la raza y al lugar geográfico de la investigación. Es precisamente el análisis estadístico el que nos indicará cuán probable es que dos individuos compartan al azar una determinada secuencia.⁴¹

El cálculo para determinar la paternidad- en la prueba positiva- se basa en el teorema de Bayes, que sirve para conocer las probabilidades iniciales. Se tratará como dijimos, de un cálculo estadístico, producto de una abstracción algebraica, y que por lo tanto no será absoluto. Esta afirmación nos indicará que jamás podremos llegar a un porcentaje seguro del 100%, dado que la conclusión surgirá de una elaboración matemática, sin que intervenga el hecho biológico concreto. Sin embargo, tal aserto no entorpece para que el perito- por convención- estime que la paternidad ha sido prácticamente probada cuando el porcentaje supere el 99, 73%.⁴²

6.- Recaudos para la Realización de los Exámenes Genéticos.

Se necesita el acuerdo científico en el que intervengan médicos, especialistas en otras disciplinas y organizaciones gubernamentales- sobre las normas técnicas y de procedimientos adecuadas para realizar las pruebas genéticas, que dichas normas de implementen de manera obligatoria por los laboratorios, y que sean debidamente publicitadas. En definitiva, se trata de seguir el rumbo de otros países más desarrollados que han elaborado "guías de investigación biológica de la paternidad", aprobadas y publicadas por organismos estatales, estableciendo los requisitos que deben llenar los centros de investigación para que se encuentren en condiciones de realizar los tests de identificación biológica.⁴³

Nos parece viable las sugerencias de Mizrahi sobre los recaudos a seguir por los jueces sobre el tema:

a) Que los estudios sean realizados por dos laboratorios distintos, sobre idénticas muestras, sin conocer cada uno los resultados que ha obtenido el otro. Esta posibilidad de que los tests se dupliquen independientemente asegura que pueda detectarse cualquier tipo de error. Por supuesto, las dos pruebas científicas no necesariamente deberán ser ordenadas de oficio. Entendemos admisible que una de ellas se cumpla por intermedio de los consultores técnicos que haya propuesto una de las partes.

b) Que se informe al tribunal el tipo de técnica y metodología utilizada o a utilizar, los parámetros que se tendrán en cuenta para definir la probabilidad de paternidad a priori, y el criterio a emplear en caso de dudas para resolver cualquier disputa de la paternidad alegada. En todos los casos se proporcionarán las razones y fundamentos científicos que avalen la tesis adoptada por el experto.

c) Que el perito haga saber que tabla de frecuencia poblacional ha aplicado o aplicará para sus estudios. Si se trata de tablas de poblaciones foráneas, corresponderá que se informen los criterios tenidos en cuenta para considerar que ellas son aplicables válidamente en nuestro país. En cambio, si constituyen frecuencias confeccionadas por el propio laboratorio, se señalará sobre que premisas se elaboraron y las zonas donde se recogieron las muestras. En cualquier supuesto, deberá indicarse si tales tablas han merecido la aceptación de la comunidad científica. Asimismo, y como se han de manejar hipótesis estadísticas, se tendrá que hacer saber al órgano jurisdiccional los márgenes de error posibles.

d) Que los expertos informen los criterios científicos empleados o que emplearan para determinar el match o coincidencias en el tamaño de los alelos, haciendo saber – en el caso de que se detectaran diferencias- los motivos por los cuales se han desechado y los eventuales errores susceptibles de producirse con tal decisión .

e) Se deberá señalar al tribunal la longitud de la muestra utilizada, esto es, la cantidad de alelos estudiados, pues es sabido que, cuanto más amplia es la longitud de la muestra, más bajo será el riesgo de que se cometan equivocaciones.

f) Corresponderá que el laboratorio brinde un detalle acerca de las medidas a sepsia e higiene adoptadas o que se adoptarán en el manipuleo de las muestras biológicas en lo referente a contagio, desecho y transporte, como así también lo recaudos que se cumplieron o que se cumplirán par preservarla de eventuales contaminaciones, en particular cuando se optó por la técnica **PCR (Polimerase Chain Reaction)** que es uno de los métodos más utilizados en la actualidad, para el procesamiento de cualquier muestra biológica, es la reacción en cadena de la polimerasa.

g) El tribunal debe imponer a los peritos la obligación de guardar, durante un tiempo prudencial, los protocolos y la parte del material no utilizado para las pruebas, tiempo que en ningún caso será menor al necesario para que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada.

h) Disponer en los casos mas complejos – tales como los supuestos de fallecimiento del padre alegado, que se sospeche que el niño ha sido engendrado en relaciones incestuosas de sus progenitores, o, verbigracia, que la paternidad se dispute entre dos hermanos-, que el estudio se complete con un mayor numero de familiares (además del niño, la madre y el sospechado como padre), con la finalidad de que pueda reconstruirse el genotipo genético de la persona o de las personas investigadas.

i) Exigir los peritos, en suma, realicen una pormenorizada fundamentación científica de sus conclusiones, señalando con precisión cómo se llego a ellas, y que se proporcionen, además, todos los elementos necesarios para que se pueda refutar o ratificar el dictamen.⁴⁴

7.- Otros Medios de Pruebas.

7.a.- Pruebas Tradicionales.

No en todos los casos será necesaria la pericia genética para sustentar una sentencia estimatoria de la filiación reclamada. Aún actualmente mantienen plena vigencia lo que se conoce como cuadro probatorio básico y que representa los extremos de prueba para acreditar el vínculo alegado, elementos que deben concurrir al menos cuando se trata del reclamo de la filiación paterna. Ellos son:

a) Relaciones íntimas de los presuntos padres;

- b) Coincidencia en el tiempo de esas relaciones con el período legal de la concepción;
- c) Parto de la madre;
- d) Identidad del reclamante con el nacido de ese alumbramiento.

Diversos pronunciamientos, cuando ya las investigaciones científicas habían alcanzado un importante desarrollo para determinar el origen genético de las personas, resolvieron declarar la filiación requerida en la demanda, bastando a ese efecto que el accionado no haya podido lograr desvirtuar aquel cuadro probatorio arriba precisado. Por ejemplo, si no se acreditó adecuadamente la *exceptio plurium concubentium*, o sea poner de relieve que la madre tuvo relaciones íntimas con más de un hombre en la época de concepción, que había sido invocada, y aunque se hubiera impugnado con suficiente fundamento el grado de seguridad que había arrojado la práctica del sistema HLA. Un tribunal sustentó su decisorio en las pruebas tradicionales colectadas y acogió la demanda, prescindiendo de considerar el resultado positivo de la pericia biológica realizada en el proceso y los cuestionamientos que a ella había impetrado el emplazado. Fundó su decisión en el art.386 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación es terminante cuando dispone que el tribunal no se encuentra obligado a valorar todas las pruebas producidas, “sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.”⁴⁵

Como sostiene Méndez Costa, en general se entiende que no es obligatorio para el actor tenga que ofrecer en cualquier supuesto la prueba genética, ni tampoco que el juez la debe disponer de oficio en todos los casos.⁴⁶

Otros elemento probatorio ha considerar son los testimonios. Los tribunales coinciden en su aceptación ponderada de los testimonios provenientes de parientes o

amigos próximos de las partes, por ser quienes han vivido de cerca los hechos que son convocados a testimoniar. Las manifestaciones testimoniales deben ser examinadas en conjunto con otras pruebas y todo apreciado según las reglas de la sana crítica. Este tipo de pruebas resulta útil de complemento o simple indicio. Y también junto a la precedente enumeración debe recordarse que la posesión de estado reviste particular relevancia, que la ley misma acoge en el artículo 256.

8.- Los Medios de Prueba en el Extranjero.

El artículo 127 de Código español tiene una redacción similar a la del texto argentino que se completa con una cláusula según la cual el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.

La amplitud de las pruebas admitidas en Derecho francés surge de varios artículos tanto en materia de filiación legítima como natural. En el Código italiano se dispone que la paternidad y la maternidad natural se prueben por cualquier medio (art.269).

En el Código boliviano de familia, la prueba de filiación de hijos de padres casados entre sí pueden hacerse por testigos cuando hay principio de prueba por escrito o graves presunciones a favor, pero la prueba contraria puede rendirse por todos los medios (art. 183 y 184). La paternidad fuera del matrimonio y su exclusión también admite cualquier medio de prueba (art. 207 y 209).

Según el Código Civil venezolano, la maternidad se demuestra por todo género de prueba y la de testigos en hipótesis análogas a las de Código boliviano (art. 199), con igual amplitud para la prueba contraria (art. 200). La paternidad del hijo fuera del matrimonio “puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos

los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidas por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra” (art.210).

“En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad- reza el artículo 98 del Código de Familia de Costa Rica- es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos (...) La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el tribunal podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba”.Esta última redacción, notablemente clara y precisa en sus alcances, proviene de la reforma de marzo de 1976.

Especial referencia a las pruebas genéticas y hematológicas tienen asimismo los siguientes Códigos y leyes: el italiano, en el apartado 3º del artículo 235 en materia de desconocimiento de la paternidad cuando media adulterio u ocultación del parto, en que el marido puede probar que el hijo presenta características genéticas o de grupo sanguíneo incompatibles con la del presunto padre ; el art. 7º de la ley colombiana y su reglamentación, a través de “los exámenes personales del hijo, sus ascendientes, o terceros que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con anales de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles”, apreciándose la negativa a los exámenes como indicio según las circunstancias.⁴⁷

9.- Conclusión.

En este capítulo podemos afirmar que pocos derechos humanos, pueden ser más dignos de protección que el derecho de ser emplazado en el estado de hijo, a conocer su

identidad, a reconocer sus raíces, a vivir con la dignidad que otorga el saber de quién se es hijo.

En este sentido nuestro derecho facilita a quien busca su identidad, como a sus representantes en caso de ser menor, como a terceros interesados a deducir la acción que les pudiera corresponder con el objeto de establecer el vínculo de parentesco. También les permite contar con medios probatorios amplios incluyendo a la prueba biológica.

La prueba biológica que actualmente se calcula con la técnica del polimorfismo molecular del ADN permite otorgar un grado de certeza elevadísimo en la inclusión o exclusión de paternidad o de maternidad en su caso. Es de destacar que este sistema ya no requiere de la punción venosa, lográndose los mismos resultados a través del hisopado bucal, método que resulta no invasivo e indoloro que permite echar por tierra los argumentos expuestos por el presunto progenitor, para evadir sus obligaciones y responsabilidades como tal.

Capítulo III

NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA

SUMARIO: 1. Introducción 2. Negativa a someterse a la prueba biológica, noción 3. Encuadre legal. 4. Excusas que fundamentan la negativa de someterse al peritaje.: a) Invocación de orden religioso; b) Por razones de salud; c) Falta de recaudos técnicos; d) Protección del núcleo familiar o íntimo; e) Derecho a negarse a conocer su origen biológico; f) Cuando el análisis excede al objeto procesal de la causa. 5. Funcionamiento y efecto de la negativa: a) en el padre; b) en la madre; c) en terceros. 6. Conclusión.

1.- Introducción.

Nos referiremos en este capítulo a la situación que se plantea cuando el demandado se niega a realizar la prueba biológica, cuales son sus fundamentos para sostener esa negativa y su encuadre legal. Distintos supuestos en donde quienes se niegan a la pericia son la madre y terceros.

2.- La Negativa a someterse a la prueba biológica, noción.

Naturalmente, para este tipo de prueba es indispensable la colaboración de ambas partes, la oposición de cualquiera de ellas imposibilita que sean rendidas planteándose la cuestión de valorar esa actitud de rechazo de los exámenes necesarios, de las pequeñas intervenciones que requieren para extraer mínimas porciones de sangre o en su caso un simple raspado de la cara interna de la mejilla que se realiza a través del hisopado bucal.

3.- Encuadre legal.

La Ley 23264 nada dispuso en este sentido porque el senado cámara de origen, rechazó la redacción de diputados que agregaba al art. 253 el siguiente párrafo: “la negativa a someterse a las pruebas biológicas será una presunción que admite prueba en contrario”; satisfaciendo la recomendación del III Congreso Nacional de Derecho: “Admitir como medio de prueba en los juicios que se discutía la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos, con la determinación de los efectos que acarreará su negativa”.

Este silencio legal fue suplido con la doctrina y jurisprudencia anteriores que, como en otras pruebas que admiten la misma ambivalencia, sostienen que si la parte que

podría resultar perjudicado por las resultas del peritaje, pesa como presunción en contra.⁴⁸

La doctrina posterior a la ley 23.264 y anterior a la ley 23.511 ha explicitado que la negativa a prestarse a examen de sangre a la prueba H.L.A constituye una presunción contraria a quien se niega pues revela evidentemente su temor frente al posible resultado.⁴⁹

El criterio de Lloveras se inclina por no considerar esa negativa como prueba suficiente, requiriéndose el apoyo de otros medios.⁵⁰

Grosman y Martinez Alcorta opinan que la negativa a someterse a las pruebas hematológicas debe tener la misma gravitación en todos los casos “si antes la probabilidad hallada resultaba insuficiente para determinar la filiación, hoy su determinación alcanza prácticamente la certeza. El cambio producido fuerza a modificar el criterio jurídico. Ahora la negativa de quién rechaza el lazo familiar significa obstaculizar una prueba cuyo resultado ya no se produce en su solo beneficio – exclusión de la filiación por incompatibilidad sanguínea- sino en provecho de quién afirma la relación de filiación pues mediante las pruebas biológicas es posible alcanzar su determinación positiva.

La contundente definición que otorgan las pruebas hematológicas en cuanto a la existencia o ausencia del nexo biológico obliga a una enérgica valoración de la negativa de una de las partes a someterse a tales exámenes que debe resolverse en presunción absoluta en contra de quien se resiste a su producción Trabar una comprobación que ofrece tan elocuente seguridad para establecer la verdad biológica debe ser juzgado en forma severa, pues para esta vía se fuerza al juez a resolver el litigio en base a elementos mas inciertos y de difícil acreditación.⁵¹

En 1987 se dictó la **ley 23511** por la que se creó el Banco Nacional de Datos Genéticos, con el fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimientos de conflictos relativos a la filiación. (art. 1º) El banco funciona en el Servicio de Inmunología del Hospital Carlos Durand.

La creación de este banco de datos obedeció, históricamente a una coyuntura; y en ese sentido es destacable el art. 5º de dicha ley que establece que el Banco Nacional de Datos Genéticos 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 deben practicarse a sus presuntos familiares. Asimismo conservará una muestra de sangre extraída de cada familiar de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, con el fin de permitir la realización de los estudios adicionales que fueren necesarios. Pero el banco cumple funciones más amplias. No sólo está al servicio de la determinación de la filiación de los hijos desaparecidos o nacidos en cautiverio, sino que en general, y a través del beneficio de inmunología del Hospital Durand, realiza los exámenes genéticos que se le requieran en todo juicio de filiación.

Es interesante destacar que la ley 23511, en su artículo 4, ha consagrado una norma general, aplicable a todo juicio en que se discuta la filiación. Los jueces deberán valorar el examen genético teniendo en cuenta, dice la norma, las experiencias y enseñanzas científicas de la materia. Y añade que cuando fuere necesario determinar en un juicio de filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesario constituirá indicios en contrario a la posición sostenida por el reuente.

Ante la segunda oración del primer párrafo que dice” la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesario constituirá indicios en contrario a la posición

sostenida por el renuente.” las primeras interpretaciones doctrinarias de esta norma asimilan al término “indicio” a “presunción”. Bossert y Zannoni estiman que la ley 23.511 recoge como pauta negativa a someterse a las pruebas “hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio a quien se niega a las pruebas, pues ninguna razón en principio, puede justificar esta actitud, cuando se está discutiendo el estado de una persona”. Admiten que en casos excepcionales será aceptable la negativa, por razones de salud debidamente justificada.⁵²

No sería prudente limitarse a la sola negativa a someterse al peritaje para allí basar la sentencia que declara la filiación reclamada.

La ley 23.511 establece un cierto orden de prelación entre los medios de prueba en cuanto dispone que se practicara la investigación genética cuando la pretensión “apareciere verosímil o razonable”.

Esto implica que no hay lugar para exigir la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible, de donde la importancia de probar, al menos la posibilidad de que hallan existido relaciones íntimas entre la madre y el pretendido progenitor o el trato paterno-filial entre las partes.⁵³

4.- Excusas que Fundamentan la Negativa a Someterse a las Pruebas Biológicas.

Al margen de las limitaciones y de habitual invocación por parte de aquel sobre el que recae la pericia, de que se afectaría compulsivamente el principio de defensa en juicio, la intimidad e integridad corporal contemplaremos otras limitaciones que podrían plantearse en casos concretos.

Según Mizrahi los supuestos podrían clasificarse de la siguiente manera:

- a) Invocaciones de orden religioso;
- b) Razones relevantes de salud;
- c) Cuando el laboratorio encargado de efectuar la pericia no está en condiciones de cumplir con los recaudos técnicos que son menester;
- d) Cuando se invoque la necesidad de proteger el núcleo familiar o íntimo;
- f) Si se articula por el justiciable el supuesto derecho a negarse a conocer su origen biológico;
- g) Cuando la realización del examen biológico excede el objeto procesal de la causa.

El demandado suele encuadrarse en algunos de estos aparentes fundamentos para avalar su actitud remisa.

a) Cuando se impetren motivos de **orden religioso** como pretexto para no someterse a los análisis biológicos. Por ejemplo alguien que sostiene que es miembro de la secta “testigos de Jehová”. Desde años atrás, cuando todavía era indispensable el análisis sanguíneo la propia asociación que nuclea a los integrantes de esa secta había estimado que no existía prohibición alguna para que tales estudios se practiquen.

En un caso donde se demandó por filiación extramatrimonial a los herederos del padre alegado, el tribunal de grado acogió favorablemente la demanda y declaró la filiación invocada considerándose demostrada la posesión de estado a la que otorgo el valor de un reconocimiento expreso por no haber mediado prueba de nexo biológico que la desvirtuara. (art.256 Cód. Civ).

Tres de seis de los hermanos del causante apelaron siendo ellos los mismos que contestaron la demanda inicial del proceso. La Cámara, como medida de mejor proveer ordenó que se practicará la prueba de HLA en el Hospital Durand de Buenos Aires en los hermanos del causante pues el cuerpo se había cremado. De todo fueron notificado los recurrentes además informados sobre las consecuencias que tendría su incomparecencia que se estimaría negativa al peritaje. Manifestándose dispuestos a prestarse a la prueba si en su oportunidad se encontraban en perfecta salud. Ninguno de ellos se hizo presente en el día y hora debidos ni hicieron llegar al laboratorio muestras de sangre en las condiciones especificadas para el supuesto en que no pudieran asistir. Encontrándose los autos para sentencia de sala, los apelantes presentaron un escrito en que afirmaron que, después de un profundo examen de conciencia en relación a sus creencias religiosas pues pertenecen a los “Testigos de Jehová “, no concurrirán ni concurrirán al acto de tomas de muestras de sangre para no contrariar sus principios. El tribunal de apelación confirmó la sentencia del inferior, conforme a que la pretensión de justificar la negativa a prestarse a las pruebas hematológicas no puede presentarse extemporáneamente y en forma contradictoria con manifestaciones anteriores de los citados a tal efecto. Además la pertenencia a una religión determinada no es admisible en base a meras afirmaciones de los interesados ni tampoco la interpretación dada a sus preceptos. Una y otra han de ser demostradas.⁵⁴

b) En cuanto a la invocación de **razones de salud**, ya señalamos que la pericia genética constituye una prueba inocua que ocasiona una ínfima molestia, y que hasta podría prescindirse de la punción venosa, pues como regla basta que sólo se realice un hisopado de la mucosa bucal. En consecuencia, la práctica del examen puede ser calificada sin dubitación como indolora, inofensiva y no traumática. Así las cosas, es harto improbable que razones de salud puedan ser articuladas con éxito ante la judicatura para impedir la concreción de la pericia. Sin embargo, se han presentado

situaciones especiales en las que se entendió justificada la negativa. La doctrina ha mencionado, verbigracia, el caso resuelto por el tribunal Supremo de España, en el que se admitió relevar a la persona de la obligación de presentarse para los análisis. El demandado era un anciano de ochenta y tres años, que padecía arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un broncoensifema pulmonar, padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte.⁵⁵

c) Puede ocurrir que la negativa se excusa en la falta de **recaudos técnicos** de los laboratorios encargados de realizar el examen, ya que los estudios revisten gran complejidad y alta sofisticación que conllevan las técnicas a utilizar. Precisamente por ello existen requisitos mínimos que, entendemos, deben cumplimentar los centros de investigación. Ahora bien, nos parece que la falta de cumplimiento de los mentados recaudos técnicos que garanticen la seriedad de las pruebas, y la obtención de los resultados objetivamente confiables, autorizaría a deducir formal oposición a la ejecución de la pericia. En verdad, no se trataría de un supuesto de no realización de la prueba, sino de su diferimiento hasta tanto se cumplan con los requisitos faltantes, para lo cual tal vez se podrá exigir que el laboratorio designado suministre – tras una medida ordenada de oficio o a pedido de parte- un detallado informe previo que contenga las especificaciones que resulten indispensables, en todo aquello que fuera pertinente. Si bien estos requerimientos podrán generar una dilación en el trámite del proceso, concluimos que debe ser admitida sin discusión, pues está en juego la garantía de defensa en juicio amparada por el art. 18 de la Constitución Nacional.⁵⁶

d) Respecto del planteo de la **protección del núcleo familiar o íntimo**, como consecuencia de una novedosa creación pretoriana, se ha entendido que existe un legítimo derecho a oponerse a ser objeto de una pericia biológica, estimando que su ejecución afectaría la integridad moral e intimidad del sujeto sobre el que recae la

investigación, y en razón de que estarían en juego intensos lazos familiares o afectivos. En efecto nuestra Corte Suprema- por mayoría invalidó un decisorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había ordenado la realización compulsiva sobre la recurrente de una pericia genética, a fin de determinar su verdadera identidad. Ello así porque, de su resultado, era factible que se obtuvieran pruebas de cargo que permitirían colaborar en la condena penal de personas con las que el apelante mantenía intensos lazos afectivos.⁵⁷ La Corte Federal, para decidir como lo hizo, acudió a una muy discutible aplicación analógica y extensiva de los arts. 163 y 278 del derogado Cód. de Proced. en Materia Penal (equivalentes a los arts. 178, 242 y 243 de Cód. Próc. Penal actualmente vigente) y del art. 277, inc. 3 del Cód. Penal. Se adujo que “la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo, o elementos de este sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger tiene amparo en reglas precisas de la ley procesal”⁵⁸ .La primera de las normas citadas prohíbe las denuncias penales respecto de determinados parientes y del cónyuge, la segunda alude también a la imposibilidad de testificar en contra del imputado”al cónyuge, ascendiente, descendientes o hermanos”. Se concluye entonces que forzar a la recurrente a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución.. Respecto a esto pensamos que la pericia no puede asimilarse en medida alguna a una declaración testifical ni importa una comunicación autoincriminatoria.⁵⁹

El testimonio consiste en una manifestación volitiva sobre lo que se conoce y la extracción de sangre consiste en prestar su cuerpo como evidencia material en un juicio.

Es de destacar que el supuesto anterior se desarrolla dentro del ámbito del derecho penal por lo tanto este argumento no podría esgrimirse en el ámbito del derecho

civil. En este ámbito lo que se busca con la realización de la prueba biológica es la posibilidad de determinar la filiación reclamada y no culpar o incriminar a quién se sabe progenitor de quién busca su identidad.

Sostenemos, en definitiva, que la protección del núcleo familiar y -en general- la invocación de los lazos afectivos que se anudan entre unos y otros, no debe merecer amparo judicial para tornar “justificada” la oposición a la ejecución de los análisis genéticos.

e) Cuando se da el supuesto en que el sujeto invoca su **derecho a negarse a conocer su origen biológico**. La cuestión es determinar si existe un derecho de la persona adulta y capaz, a negarse a conocer su origen biológico y en tal inteligencia, si resulta justificada su negativa a que se le practique el análisis genético. Si bien cada sujeto es amo y señor de su intimidad, no puede hacerse la misma afirmación categórica respecto de su identidad, cuando los demás aparecen involucrados. En otras palabras se reconoce sin hesitación el derecho de terceros afectados a deducir la acción que les pudiere corresponder con el objeto de establecer el vínculo de parentesco, habida cuenta de que le asisten derechos subjetivos familiares que se traducen en el derecho a buscar y conocer la verdad real con innegable legitimación procesal. Son actuaciones que se desenvuelven en el campo intersubjetivo, y es aquí donde la vigencia del principio de inviolabilidad de la persona hará que el derecho a la intimidad que se invoque por uno automáticamente limitado y restringido en cuanto afecte al derecho a la identidad familiar que esgrima el otro. De todas maneras, siempre será difícil de aceptar jurídicamente que se recepte la negativa de una persona a conocer su origen biológico. Adviértase que comportaría admitir una suerte de disposición sobre la propia identidad, cuando es sabido que ésta - por constituir un atributo - no puede renunciarse ni disponerse. Con acierto se señalo que el sujeto no puede ser distinto ni otro sino que “es

como es”.⁶⁰ Por lo demás nos parece inadmisibile que el Estado avale una patológica ignorancia consciente de la verdad echando por tierra una de las bases de nuestra organización social - la identificación del estado civil de cada uno -, en perjuicio de legítimos intereses que asisten a terceros.

En los supuestos mencionados en los puntos d) y e) entendemos que los recurrentes faltan a su deber de colaboración procesal, el que se cumpliría con solo prestar su cuerpo como mero objeto físico de comprobación pues nadie los obligaba conocer los resultados de la pericia ni a formular una comunicación inculpativa. De todos modos, en ambos, supuestos siempre se generará en el respectivo juicio de filiación- si persiste la resistencia- el indicio contemplado por el art. 4 párr. de la ley 23.511. Esto se desprende de la conclusión del voto de la mayoría en el caso “Vázquez Ferrá”, en donde se dijo que “nada le impide deducir a la querellante, la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo”.

f)Y por último, cuando el requerido se excuse en que el **análisis excede al objeto procesal de la causa**, tal como aconteció, a tenor de los argumentos de la mayoría, en el caso Vázquez Ferrá, fallado por la Corte Suprema de la Nación. Sostuvo el alto tribunal que ni siquiera se aprecia la necesidad del examen sanguíneo para concluir en la existencia del delito que motivo el proceso.. en rigor la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante, de manera que la pericia reclamada, “no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga”.⁶¹

Pero en los casos en donde lo que se busque sea determinar la filiación de una persona, es innegable que la prueba biológica, es en sí el objeto procesal de la causa.

5.- Funcionamiento y efecto de la negativa en distintos supuestos.

5.a.- Negativa del padre alegado.

Estaríamos frente al supuesto del padre alegado que se niega a someterse a la realización de la prueba biológica en el ámbito de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Esta actitud mantiene el ámbito de la incertidumbre de la verdad biológica. Si bien, el juez puede emplazar en el, estado filial que se reclama teniendo en cuenta la actitud renuente más los otros medios probatorios que la complementan, no será lo mismo que la realización de la pericial biológica que nos permite acceder con una seguridad total a una exclusión y una probabilidad cercana al 100% de inclusión.

En cumplimiento de uno de los principios que inspiran al régimen vigente, como es el respeto por la verdad biológica, participamos del criterio que debe interpretarse a la negativa del demandado como una actitud caprichosa y abusiva, obstruccionista al proceso y violatoria al derecho de acceder a la verdad biológica, sin admitir justificación alguna. En consecuencia, compartimos lo sostenido por la corriente solidarista de exigir la realización de la prueba, único camino posible para acceder a la verdad jurídica objetiva.

5. b.- Negativa de la madre.

Se trataría del caso en que la madre biológica ante el pedido del, presunto padre de practicar la prueba biológica, a los fines de confirmar la existencia o no del vínculo biológico, como medida previa al acto jurídico del reconocimiento, se niegue a que su hijo/a sea sometido a la misma.

La madre como única titular y en ejercicio de la patria potestad estaría privando a su hijo de acceso a su identidad en referencia a la realidad biológica en forma plena. Cabe preguntarnos si esta prerrogativa esta incluida dentro de las facultades derivadas de la patria potestad o la exceden. Nos inclinamos por afirmar que su poder de decisión no puede comprender actos que tengan que ver con derechos fundamentales de su hijo.

Los derechos de la representante legal extensos y respetables hallan un límite cuando el interés del menor aparece afectado. En este caso solo el interés del menor puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad. Así, nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad.⁶²

5. c.- Negativa de terceros.

El supuesto sería cuando la prueba se requiere sobre un familiar de este o a su sucesor universal. La jurisprudencia y doctrina es concordante en el sentido en que debe contemplarse de manera diferente la situación procesal en uno y otro supuesto. Desde luego que la ausencia del indicio legal en los mentados casos no significa liberar al tercero de todo compromiso. En otras palabras, tal situación no implica dejar a la libre voluntad del sujeto que se preste o no al examen genético, por lo contrario deberá someterse a éste cuando su realización resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos de la causa.

La negativa de los presuntos abuelos someterse a la prueba biológica debe encuadrarse en la presunción del art. 4 de la ley 23511, ya que no distingue si el renuente es el padre o el abuelo de aquel cuyo vínculo filiatorio se busca acreditar y además porque la negativa por parte de la demandada obstaculiza el esclarecimiento de la verdad buscada en el juicio al dificultarle al menor la posibilidad de conocer su origen.⁶³

6.- Conclusión.

Estimamos que la negativa a someterse a la prueba biológica se trata de una conducta disvaliosa por parte del progenitor y que tiene como consecuencia el entorpecimiento de acceso a la verdad biológica de una persona que busca su identidad.

Esta conducta se considera legalmente como un indicio contrario al renuente- art 4 ley 23511- como consecuencia de la infracción del deber de colaborar con la justicia y obrar con lealtad y buena fe procesal en la búsqueda de la verdad.

A nuestro entender esta cuestión identitaria no puede depender del libre albedrío materno o paterno, dejando en un estado de incertidumbre a quien pretende construir su verdad.⁶⁴

Ningún fundamento expuesto por la parte renuente es lo suficientemente fuerte para que se deje de lado tan elemental derecho, como lo es saber quién se es.

En suma, la nueva vida engendrada no les pertenece a quienes la engendraron, se pertenece a sí misma y no puede ser ocultada por la voluntad de quienes la gestaron.⁶⁵

Capítulo IV

CUESTIONES PROCESALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Indicio o presunción. 3. El comportamiento de las partes en el proceso como indicio probatorio. 4. Verosimilitud o razonabilidad de la pretensión como recaudo para ordenar la prueba biológica, diferentes posturas. 5. Deber de colaboración en el proceso civil. 6. Jurisprudencia sistematizada. 7. Conclusión.

1.-Introducción.

Situándonos en las cuestiones procesales y estrechamente relacionadas con el tema anterior en cuanto a la negativa a someterse al peritaje genético, analizaremos como se considera esa negativa a realizarse los exámenes biológicos por parte del requerido si como una presunción o como un indicio, el art 4 de la ley 23.511. Diferentes posturas respecto a este cuestionamiento. También analizaremos la cuestión acerca de la verosimilitud o razonabilidad de la pretensión como recaudo para ordenar la prueba biológica.

2.-Indicio o Presunción.

Durante el período comprendido entre la ley 23264 y la ley 23511, era doctrina judicial mayoritaria sostener que la reticencia al examen biológico daba origen a una presunción en contra del renuente, no admitiéndose la compulsión física. Este criterio comienza a cuestionarse con la entrada en vigencia del artículo 4 de la ley 23511 al emplear el término “indicio” en lugar de “presunción”. Ésto motivó el planteo de diversas corrientes de opinión que partieron de la distinción conceptual de ambos términos, como se refleja en la jurisprudencia donde encontramos fallos que encuadran la actitud renuente como una presunción o como un indicio fuente de presunción.

El indicio como medio de prueba es “cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por si solo o juntamente con otros, la existencia o la inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basadas en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”.⁶⁶ El indicio se apoya en un hecho conocido que sirve para llegar al

conocimiento de otro que es desconocido, es decir el primero permite inferir el hecho desconocido.

Por su parte, “la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez (según sea la presunción legal o judicial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cual es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos.”⁶⁷

Couture encuentra en la presunción tres elementos: un hecho conocido (indicio), un hecho desconocido (que se pretende probar) y una relación de causalidad. A través de esta operación lógica se logra la reconstrucción de hecho como probablemente ha ocurrido.⁶⁸

El art.4 de la ley 23.511 determina que la negativa a someterse a los exámenes necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Dicho texto establece un indicio que es fuente de presunciones o generador de presunciones pero no la presunción en sí. La presunción originada en el indicio debe armonizar con las restantes pruebas y adecuarse a las circunstancias particulares y especiales de cada caso en concreto.⁶⁹

3.- El Comportamiento de las partes en el proceso como indicio probatorio.

Es en el proceso civil donde la conducta obra como elemento de convicción, la jurisprudencia ha señalado que la conducta de las partes en juicio es fuente de convicción, equiparable a un indicio presuncional que puede ser recabado por el tribunal de acuerdo con las circunstancias específicas del caso y genera una presunción

en contra de quién viola el deber de cooperación y, con ello, retacea el aporte de elementos idóneo para dilucidar el caso.⁷⁰

La moderna doctrina del derecho procesal, sostiene que es lícito para el juez extraer argumentos de prueba de la ponderación de los comportamientos procesales litigantes (Peyrano). Las presunciones a veces son motivadas o logradas por la conducta que asume la parte en el juicio. Esta tesis reconoce su antecedente en el art. 116 del Código Civil Italiano de 1940, el que dispone, en su segundo apartado, lo siguiente: “El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que le dan las partes en virtud del art. siguiente; de la denegación injustificada en permitir las inspecciones que él ha ordenado y en general, del comportamiento de las partes mismas durante el proceso”. Estos argumentos de juicio pueden inferirse de la conducta observada por la parte que implique una negativa a colaborar para la producción de la prueba.

Constituirían ejemplos de estas conductas, la negativa a exhibir documentos, la resistencia a que se efectúe el reconocimiento judicial, la negativa a prestarse la parte a la prueba hematológica.⁷¹

El art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe dispone: “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión, salvo cuando se trate de asuntos que afecten el orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba. Esta medida será recurrible.”⁷²

4.- Verosimilitud o razonabilidad de la pretensión como recaudo para ordenar la prueba biológica.

Sobre este punto parte de la doctrina sostiene que de los términos usados en el precepto normativo surge la importancia de probar las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, al tiempo legal de la concepción, y la posesión de estado, de ser posible, pues la norma dispone que se ordenará la prueba cuando la filiación demandada “apareciere verosímil y razonable “.

El art. 4 de la ley 23.511 parece establecer un cierto orden de prelación entre los medios de prueba en cuanto dispone que se practicará la investigación genética cuando la pretensión “apareciese verosímil o razonable”. Esto significa que no hay lugar para exigir la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible, de donde la importancia de probar las relaciones de la madre y el pretendido progenitor o el trato paterno filial entre las partes.

La expresión de la ley no es muy atinada, máxime si se la enfrenta a la amplitud probatoria del art. 253 del Código Civil y sobre todo si nos atenemos al principio de igualdad jurídica de todas las filiaciones (art. 240 y 241 del Código Civil) que impediría justamente poner obstáculos a la investigación de la filiación extramatrimonial.

La Sala Civil y Comercial del tribunal Superior de Justicia de Córdoba, ha sostenido que “una adecuada hermenéutica de la norma impide concluir que exista algún tipo de limitación para ordenar o admitir las pruebas biológicas. Carecería absolutamente de eficacia la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial

concedida al hijo, si para ordenar o admitir la prueba debiera previamente demostrarse que la filiación demandada es posible."⁷³

La verosimilitud de la pretensión para ordenar la practica del examen genético requerida por el art. 4º de la ley 23.511 no significa la necesidad de aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción, sino que es suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima – enfermedad, impotencia sexual, viaje al exterior, privación de la libertad, etc. – en tanto la pretensión ya no sería verosímil, como tampoco lo sería si se aportaron datos certeros que impidieran tener por establecida la filiación por la simple negativa del accionado.⁷⁴

El interrogante que se plantea es si la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del presunto padre es suficiente para dictar sentencia o se requiere inevitablemente que sea complementado con otros medios probatorios.

Ante esta situación han surgido doctrinaria y jurisprudencialmente varias posturas:

1.- Postura Negativa: la que sostiene que la sola negativa a someterse a la prueba biológica es insuficiente para dictar sentencia en contra del renuente, sino que requiere que sea acompañado de otros medios probatorios:

1.a.- La mera oposición a la realización de la prueba biológica sin que exista ninguna otra que revele las circunstancias de hecho invocadas para fundar la filiación que se demandada, no es por si misma definitiva, ya que el artículo 4º de la ley 23.511 se limita a darle el valor de un indicio.⁷⁵

1.b.- Para que la negativa a someterse a los exámenes biológicos constituya indicio contrario a la posición sustentada por el renuente- art. 4 de la ley 23.511- debe conjugarse con otras circunstancias probatorias que la complementen sólo así podrá dicha negativa conformar la presunción de paternidad.⁷⁶

2.- Posición Intermedia: La negativa por sí sola no alcanza pero si constituye un indicio grave en contra del renuente y que en estos casos se requiere muy escaso complemento probatorio para llevar a la plena convicción de la paternidad:

2.a.- La negativa a someterse al estudio pericial en un juicio de filiación tiene un peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios que puedan analizarse, y si bien por sí sola no alcanza, necesita de un muy escaso complemento para formar plena convicción.⁷⁷

2.b.- Si la negativa de una persona sin conocimientos científicos a someterse a los exámenes biológicos para determinar o no la existencia de vínculo biológico implica indicios en su contra, ese indicio es mayor cuando se trata de un profesional médico precisamente por poseer los conocimientos sobre los avances en la materia. En consecuencia, tal negativa debe ser tomada como indicio serio y será valorado conjuntamente e interrelacionándolo con los restantes elementos del juicio.⁷⁸

2.c.- La negativa del demandado a someterse configura un indicio de paternidad que necesita de muy escaso complemento para formar convicción, como lo es la declaración de los testigos que, si bien hacen alusión a ciertas cosas que saben por comentarios de la actora, dan razón de sus dichos respecto de que las partes estaban como novios o en pareja haciendo mención de que los vieron en esas actitudes.⁷⁹

2.d.- Se hizo lugar al reclamo a pesar de existir un solo testigo, siendo propio de estos tipos de relaciones extramatrimoniales, su discreción, a cuyo conocimiento sólo tienen acceso algunos integrantes del círculo familiar o amistoso y no todos, indiscriminadamente.⁸⁰

3.- Posición Positiva: entienden que de un indicio como la negativa a someterse a las pruebas se extrae la presunción de que la paternidad reclamada es cierta. Aún cuando se trate del único indicio, este es lo suficientemente grave y preciso como para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada. Señalan que las sentencias permiten orientar la conducta de las partes y de los abogados.

Si los jueces extraen de la negativa la presunción de verdad de lo afirmado por la parte contraria, estas decisiones repercutirían en los juicios futuros porque los abogados se encargaran de disuadir a sus clientes respecto de un comportamiento que en modo alguno les traerá resultados benéficos en el pleito.⁸¹

3.a.- No existiendo ninguna razón que justifique la negativa del demandado a que se produzca la prueba biológica destinada a demostrar la existencia de incompatibilidad de los grupos sanguíneos de las partes –en el caso, en un juicio de filiación-, cabe presumir la verosimilitud de la tesis contraria a quien sostiene la injustificada negativa.⁸²

3.b.- La negativa del demandado en juicio de filiación al sometimiento de las llamadas pruebas biológicas (ADN) constituirá indicio suficiente para tener por acreditada y cierta la paternidad atribuida, salvo prueba directa que excluya definitivamente toda posibilidad de participación eficiente del accionado en la concepción. En el caso una mujer demanda al médico ginecólogo que la visitaba esporádicamente a fin de realizar controles por ausentismo del trabajo, pero no logra probar las visitas durante la concepción. El demandado señala su condición de reemplazante ocasional de otro

médico que era quién atendía realmente a la actora y se niega a la realización de la prueba. El Superior Tribunal anula la sentencia de Cámara y confirma la de primera instancia que había hecho lugar a la filiación reclamada.⁸³

3.c.- La Corte Suprema de Santa Fe, en la sentencia del 19-09-1991 en los autos” A. M., c. L., “ resolvió que no se incurre en arbitrariedad normativa por presumir la paternidad del demandado por filiación extramatrimonial, que se niega a someterse a al prueba biológica”.⁸⁴

3.d.- El Ministerio Pupilar accionó frente a la presentación espontánea y conformidad de la madre de una niña de pocos meses de edad, por reclamación de la filiación extramatrimonial contra el padre alegado en virtud de la disposición del artículo 256 del Código Civil. La única prueba ofrecida fue la realización de la prueba biológica. El demandado se rehusó someterse al peritaje sin dar razón alguna. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda estimando que la sola negativa del padre alegado a someterse al examen biológico es insuficiente para acreditar la filiación invocada. El asesor de menores apeló. La sentencia del inferior fue revocada por la cámara haciendo lugar a la demanda y declarando la filiación entre la menor actora y el demandado.⁸⁵

Sostiene el Asesor de Menores de Cámara: La negativa a someterse a las pruebas biológicas ha sido considerada siempre una presunción en contra del remiso que pudiera resultar perjudicado con las conclusiones del peritaje. Hoy se debe ratificar y vigorizar dicha presunción: el peritaje puede llegar a constituir plena prueba de la filiación investigada. Ante la negativa, la filiación negada debe ser tenida por cierta, en razón del alto grado de seguridad de inclusión de la paternidad que con el mismo se consigue.

3.e.- La reiterada negativa del accionado a colaborar en la producción de la prueba biológica sin justificación alguna constituye precisamente un indicio vehemente que autoriza a presumir sin más la verdad de la paternidad que se le atribuye. La verosimilitud y la razonabilidad han de apreciarse con amplitud y sentido lógico tomando pautas como el tiempo, esto es si la actora y el demandado existieron en la misma época, el espacio como para justificar la posibilidad de acercamiento-mismo barrio, etc.- circunstancias físicas - distinto sexo- y en general cualquier otra circunstancia que excluya la posibilidad de relación. En el caso la madre demandada en representación del hijo menor la paternidad, el demandado niega la relación. El tribunal colegiado de Rosario N° 3 de Rosario rechaza la acción. La cámara dice que la negativa se produce cuando ya había consentido la prueba con el argumento de que entiende que la pretensión deducida no aparece verosímil ni razonable como exige la ley. Se suspende la vista de causa para realizarse la prueba y luego el demandado no se presentó. Esto es una grave inconducta procesal atentatoria contra la mas elemental buena fe. En base a ello deja sin efecto la sentencia y hace lugar a la demanda.⁸⁶

3.f.- Habiéndose frustrado la pericia biológica de filiación dispuesta en autos por la incomparecencia del demandado a la citación que se le dirigiera a los fines de cumplimentar la extracción de sangre, estando debidamente notificado y sin mediar justificación seria a dicha in asistencia, denota el temor frente al posible resultado y una grave presunción en su contra al impedir que un estudio, verdadera conquista de la ciencia médica permita obtener fehacientemente la posible vinculación familiar.⁸⁷

5.- Deber de colaboración en el proceso civil.

En el ámbito del derecho procesal, crece la tendencia dirigida a jerarquizar la cooperación dentro del proceso por encima del interés de las partes. Hoy se habla de un

deber de colaboración o de las cargas procesales dinámicas. Conforme a esta corriente, quedo atrás el principio que sostenía que la parte que alegaba un hecho debía probarlo.

En materia de filiación se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que el principio dispositivo que gobierna el principio civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni en el adecuado y deseado resultado del valor justicia.

En esta línea de pensamiento, Sergio E. Ferrer expone la más moderna doctrina sobre el punto diciendo "...Las prerrogativas individualista del litigante deben reencuadrarse en tono solidarista y de cooperación hacia el oficio judicial, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva es una tarea conjunta de los sujetos esenciales del proceso. Desde esta perspectiva, los condicionates éticos, adoptan un eminente perfil práctico, la buena conducta es aquella que facilita la investigación de la realidad fáctica sobre al que se asienta el litigio. La astucia, la habilidad, el ingenio de los contendientes se hallan constreñidos al perímetro del mentad deber de cooperación."⁸⁸

Augusto Morello, señala que se ha producido un progreso en lo que respecta al derecho probatorio. En el siglo XIX- concepción individualista del proceso- cada uno de los litigantes tenía la libertad de elegir, según su beneficio, las piezas que servían a sus intereses, sin estar obligados a brindar a su adversario los medios de convención que le hicieren falta. En la actualidad, se engloba la cuestión dentro de lo que se llama el derecho de probar: las partes y los terceros tienen la obligación de cooperar para acceder a la verdad jurídica.

En el proceso civil moderno es preciso prestar especial atención al comportamiento de los litigantes desplegado durante la sustanciación del proceso para extraer elementos probatorios de actitudes tales como la obstrucción en la producción

de la prueba, que pueden importar violación del mentado deber de cooperación y operar en el juicio en contra del infractor.⁸⁹

Esto exige un comportamiento mas activo del demandado, no admitiendo conductas que se limitan a una negativa.

Por su parte, Peyrano se refiere a las cargas dinámicas de las pruebas, conforme a la cual, la carga respectiva debe recaer en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, actuando siempre con buena fe y lealtad dentro del proceso. Entiende que el proceso moderno debe ajustarse lo mas posible a las circunstancias del caso y advierte que las reglas de la carga probatoria solo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez, quien deberá fallar contra la parte que debía probar y no probo.⁹⁰

Trasladando la visión procesalista vigente en el juicio de filiación, advertimos que la parte que se niega a la realización de la pericial biológica no asume una actitud de cooperación, obstaculizando el acceso a la verdad. Entendemos que solo debería admitirse en los supuestos que se arrimen a la causa elementos de prueba que justifiquen tal proceder. Frente al valor y certeza que brindan los rubros que en su conjunto integran la prueba biológica, la sola negativa configura una conducta abusiva capaz de mantener en la incertidumbre la identidad de un niño.

El ordenamiento ha priorizado la búsqueda de la verdad, en términos que acentúan el deber de colaboración de los litigantes.

6.- Jurisprudencia sistematizada.

6.1- Debe señalarse que con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4 de la ley 23.511 esto es: “la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios”..., la ley eleva al rango de prueba la conducta procesal de los litigantes. Ello, en razón de que en el ordenamiento procesal vigente el comportamiento de las partes en el litigio es considerado como un elemento de convicción corroborante de otras pruebas, en virtud de los principios procesales de buena fe, cooperación y solidaridad que informan en la ley vigente el nuevo proceso civil.⁹¹

6.2- Atento la naturaleza de lo pretendido, “a una visión solidarista de la carga probatoria y al interés superior que debe protegerse”concluyo que no puede el presunto padre “ limitarse a impedir con su comportamiento esquivo la realización de una prueba mediante la cual se estableciera con certeza casi absoluta, si existe o no el vinculo de filiación reclamado”.⁹²

6.3- Se puede afirmar que la parte que resiste en el proceso a colaborar con la realización de las pruebas biológicas obra ilegítimamente”⁹³

7.- Conclusión.

Compartimos la idea de que en este tipo de procesos se requiere de un comportamiento o actitud más activa por parte del demandado. La negativa injustificada a la pericial biológica lesiona los deberes de colaboración, lealtad y buena fe exigidos a las partes en el proceso, configurando un abuso de derecho.

En su origen las pruebas biológicas no sumaban mucho más que un mero indicio al proceso, valioso como coadyuvante de otras pruebas. Estas pruebas biológicas

consistían en test de parecidos físicos, pruebas hematológicas, las mismas no brindaban una certeza absoluta del resultado, quedando un importante margen de duda. A partir de esto es que comprendemos el criterio adoptado por la ley 23511 en su art. 4.

Actualmente, con la prueba de ADN, se puede obtener con certeza absoluta la herencia genética, superando las dudas que presentaban las técnicas anteriores posibilitando esto que toda esta discusión de si se trata de indicios o presunciones debería dejarse de lado, al poder contar con una prueba tan certera y concluyente como lo es al ADN. Sostenemos que nunca un reconocimiento ficto, como el que se obtiene por la inconducta del demandado, importan ética y psicológicamente lo mismo para la persona que busca su identidad, como el que se lograría mediante la constatación fehaciente de las pruebas biológicas.

Pensamos que no pueden existir en principio razones que justifiquen este modo de actuar más que el temor de dejar en evidencia la justicia del reclamo de la parte contraria.

Capítulo V

COMPULSIÓN EN LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Viabilidad de ejercer la compulsión física. 3. Jurisprudencia: a) admisibilidad en las pruebas biológicas, b) Inadmisibilidad de las pruebas biológicas. 4. Compulsión en las pruebas y las normas legales específicas. 5. La aplicación de un criterio selectivo y de razonabilidad para disponer la práctica compulsiva de la prueba biológica. 6. La ejecución forzada de la pericia mediante la obtención de muestras de cadáveres. 7. Jurisprudencia sistematizada. 8. La pericia genética en la persona de un tercero. 9. Conclusión.

1.-Introducción.

En este capítulo nos ocuparemos de la viabilidad de ejercer la compulsión judicial en la realización de la prueba genética, revisando jurisprudencia en uno y otro sentido. La relación de la compulsión en las pruebas biológicas y las normas legales específicas. La ejecución forzada en cadáveres como también en la persona de un tercero.

2.-Viabilidad de ejercer la compulsión física.

Partiendo del reconocimiento de que existe un derecho del sujeto a conocer su identidad de genética y filiatoria. Uno de los debates que se plantea es saber si el juez se halla facultado para disponer la ejecución compulsiva de la prueba biológica.

Relacionado con el deber de cooperación dentro del proceso, surge el problema de determinar si es posible emplear la vía compulsiva para acceder a la verdad en acceso de negativa, si el juez se halla facultado para disponer la prueba biológica. Encontramos corrientes de opiniones que se ubican en polos opuestos y quienes asumen una posición de equilibrio.

En primer termino y en defensa de la vía compulsiva, la visión solidarista del proceso representada por autores como Morello, Grosman y Arianna exponen entre sus argumentos que: a) el fin de todo proceso es el acceso a la verdad jurídica objetiva; b) la negativa se traduce en un incumplimiento del deber de cooperación dentro de un proceso; c) se vulnera el derecho fundamental a la identidad. Así mismo, destacan que se trata de un examen indoloro que no atenta contra la intimidad del sujeto y que reúne las mismas características que otros exámenes obligatorios (exámenes prenupciales, vacunación obligatoria, libreta sanitaria para el acceso a empleo, etc.). Cada vez, con

mayor firmeza se viene sosteniendo que ante la resistencia del sospechado como padre, el juez sin otros miramientos debe disponer la ejecución compulsiva de la pericia. Se razona en este sentido, aunque tal proceder implique cierto grado de violencia en el sujeto, ello sería necesario para lograr la paz jurídica e impedir que la voluntad de los particulares asuma una posición dominadora y resolutoria, esto es que se instaure por encima de la jurisdicción.⁹⁴

En los últimos años, y como consecuencia del desarrollo científico alcanzado por las pruebas genéticas, algunos autores han extremado esta postura y de manera directa han cuestionado la bondad del art. 4º de la ley 23.511 y todo el régimen de indicios o presunciones. Partiendo, claro está, del criterio de que la pericia biológica permite arrojar un resultado que califican prácticamente como infalible, han convertido a estos exámenes en únicos y excluyentes que desplazarían por completo a las llamadas pruebas tradicionales para acreditar el vínculo filiatorio.⁹⁵

En esa línea de ideas, se señala que el sistema de indicios o presunciones no se corresponde con los avances científicos, pues tal esquema era válido cuando la ciencia no tenía respuestas, y no ahora en que con los estudios se puede lograr la certeza absoluta.⁹⁶ De manera concordante, se dijo que en la actualidad resulta insostenible – para resolver un juicio de filiación– acudir a los principios de las cargas probatorias, que sólo tenían sentido ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Fue postulado, entonces, que todas estas construcciones basadas en ficciones han perdido vigencia, ya que científicamente es posible probar el nexo paterno-filial sobre bases objetivas e indubitables.⁹⁷

En otro extremo ubicamos a la corriente que afirma que debe rechazarse la posibilidad de que se practique forzosamente la pericia. Se sostuvo que la *inspectio*

corporis compulsiva afecta la personalidad del sujeto porque implica ejercer violencia sobre él, por mínima que sea; y ello comporta restringir su libertad y una agresión a la integridad física. Que el derecho a la identidad del pretensor –que persigue conocer su origen genético– no se lo puede catalogar como absoluto, y por eso encuentra su límite al vedarse la coacción sobre el otro.⁹⁸

En una posición negativa aún más radicalizada, se ha dicho que admitir la ejecución forzada sería volver a los criterios de la Edad Media y equivalente a autorizar la tortura.⁹⁹

Para esta tesis, el demandado no estaría obligado a prestar su cuerpo para la pericia, aunque sí tendría la carga de hacerlo, de modo que su resistencia le ha de generar efectos procesales adversos. De ahí que el vínculo se impondría “para la tutela de un interés propio”, y por eso se materializa en la práctica en la posibilidad de no llevar a cabo tal carga dispuesta.

Bidart Campos, afirma que “cuando la constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí misma está poniendo en valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, psíquica o moral de la persona; por ende, si ésta se niega a prestar su cuerpo para esta prueba, no puede inferirse en su contra un reconocimiento, ni siquiera una presunción a favor de la contraparte.”. No se puede decir a alguien (la constitución se lo dice) que no está obligado a declarar contra sí mismo, y una vez que ha ejercido ese derecho, negándose, añadirle: ahora tomo la negativa fundada en un derecho suyo, como elemento probatorio en su contra... Claramente se percibe que para este autor ni siquiera puede ser considerada la negativa como una presunción en contra por la sencilla razón que la norma constitucional faculta tal conducta.¹⁰⁰

En una corriente mayoritaria con un pensamiento intermedio, se parte de la premisa que los derechos fundamentales involucrados gozan de la misma jerarquía y su carácter es relativo. Se propicia la búsqueda de equilibrio basada en no ejercer la fuerza para la realización de la pericial biológica y derivar una consecuencia adversa al interés de quien se niega, distinguiéndose su importancia, el criterio mayoritario es encuadrarlo como un indicio fuerte, contundente y grave. En cuanto a su alcance, para un sector minoritario es por sí mismo suficiente para crear en el juez que entiende en el proceso de filiación la convicción que la pretensión es razonable, mientras que para la mayoría debe ser acompañado de un complemento probatorio de respaldo.

Los autores Niceto Acala Zamora y Castillo y Ricardo Levene (hijo); consideran que “ el conflicto de intereses o mejor dicho la necesidad de acudir, puede y debe evitarse, mediante la coacción indirecta de apreciar como reconocimiento de hecho afirmado en contra, la negativa infundada a someterse a la prueba pertinente”.¹⁰¹

Si nos atenemos a la mayoría de los fallos la posibilidad de decretar la compulsividad de la prueba biológica aparece por ahora restringida al ámbito penal y en tanto no se trate de un caso de adopción plena. El camino hacia la viabilidad plena de la compulsión en la prueba genética aparece todavía sembrado de restricciones así lo demuestran los últimos fallos de la Corte suprema- y de otros tribunales-, que han ampliado con desmesura el abanico de excepciones donde se entiende justificada la resistencia a someterse al examen.

3.- Jurisprudencia.

3. a.- Admisibilidad de la compulsión en las pruebas biológicas .

3.a.1.- Corresponde confirmar la resolución que ordenó la realización de un ADN entre el imputado y la supuesta hija, en un proceso donde se investiga la presunta comisión del delito de alteración de la identidad de un menor de diez años en concurso ideal de falsedad ideológica de documento público, pues si mediante la inscripción de un recién nacido como hijo de quién no mantiene en realidad tal vínculo biológico se configuró tal ilícito, surge en forma indubitable que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa y no excede los límites propios de proceso en que fue dispuesto.¹⁰²

3.a.2.- Los hechos que originaron las presentes actuaciones han consistido en la separación de niños recién nacidos de sus padres biológicos- por causa de abandono o sustracción- y su entrega a terceros a cambio del pago de dinero. En el caso de los recurrentes por sospecharse que había recibido a la menor en estas condiciones. La Corte resolvió que la medida impugnada ha sido dispuesta con el fin de establecer la veracidad de los dichos de el recurrente atinentes a la menor era hija suya y que por esa razón había sido anotada. Y al ser ello así , surge en forma indubitable que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesto.. Que no se advierte lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie esta obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 18) Tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal. Que también debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquél sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan

imputados y la menor víctima, es decir afecta los derechos de terceros (art. 19 de la Constitución nacional, a “contrario sensu”). Además cabe agregar que por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida impuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 Cód de Proced. en materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos; la verdad y la justicia. Y por último, no puede prescindirse de la circunstancia de que en autos se encuentra también en juego el derecho a la identidad de la menor, que tiene jerarquía constitucional (arts. 33 y 75 incs. 22 y 33 de la Ley fundamental).¹⁰³

3.a.3.- El órgano jurisdiccional puede disponer la realización coactiva de la extracción de sangre en los imputados y el menor víctima, porque las disposiciones de los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional no amparan una negativa a impedir la búsqueda de la verdad por parte del juez instructor. Ello si la medida resulta proporcional al objeto de la pesquisa, conducente al esclarecimiento de los hechos y se cumple por personal idóneo a los efectos de evitar daños innecesarios en la salud, de conformidad a lo dispuesto en los art. 193, 194, 218 y 219. del Código Procesal Penal (ley 23.984)¹⁰⁴

3.a.4.- Cabe tener presente que resulta inadmisibles para el caso que la práctica de dicho análisis quede diferida al referéndum de los particulares por encima de la jurisdicción afectándose seriamente el imperio de los órganos potestativos del Estado a la sola voluntad de uno solo de los progenitores -en el caso la madre.-

Conforme todo lo expuesto se librará mandamiento para que se constituya una Oficial de Justicia de sexo femenino en el domicilio materno a fin de intimarla a concurrir junto a su hija menor al Instituto de Genética del Litoral a fin de realizar los

exámenes de ADN mediante muestras por hisopado bucal en forma inmediata junto con la Oficial de Justicia interviniente quién previamente deberá certificar la identidad de ambas, haciéndose cargo de los costos que la misma insume el solicitante y haciéndole saber que en caso de negativa se faculta a ser uso de la fuerza pública para cumplir la medida que en su caso deberá ser personal femenino y facultándose a allanar domicilio si ello fuera estrictamente necesario.¹⁰⁵

3.b.- Inadmisibilidad de la compulsión en las pruebas biológicas.-

3.b.1.- La prueba biológica compulsiva no encuentra un respaldo legal que la legitime. Por el contrario, es posible extraer del orden jurídico vigente principios diversos que conducen a descalificarla. En este sentido, como una pauta derivable del art. 19 de la Const. Nacional, el art. 910 del Código expresa: “Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”, regla esta que se complementa con otra directiva genérica contenida en el art.629 del mismo Código que, cuando se trata del deber jurídico de realizar un hecho, excluye la ejecución forzada cuando “fuese necesaria violencia contra la persona del deudor”. La prueba biológica importa someter a un menor que no es víctima de un hecho ilícito de esta causa ya quién no se le imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia-por mínima que sea- sobre su cuerpo, de lo que por sí invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial – esto es, la disponibilidad de su propio cuerpo- y comporta una lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que la doctrina del tribunal, estimo susceptible en sí mismo de tutela.¹⁰⁶

3.b.2.- La Corte, en el caso "Evelyn Vásquez Ferrá" nacida en la escuela de Mecánica de la Armada en 1977 y posiblemente hija de desaparecidos fue inscripta por el matrimonio Vásquez –Ferrá a su nombre. Vásquez reconoció que recibió a la niña de manos de un marino y la anotó como propia. En 1ª y 2ª instancia obligaron a Evelyn, ya mayor de edad, a una prueba de ADN que aquella resiste. La Corte sostuvo por mayoría que es inconstitucional la extracción compulsiva de sangre cuando una persona mayor de edad se opone a ello con los siguientes argumentos.

Forzar a una persona a admitir el examen de sangre sería violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la constitución nacional, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.

Al juzgar la proporcionalidad de la injerencia que la medida de extracción compulsiva de sangre, se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger.

Si una persona mayor de edad y capaz no quiere conocer su verdadera identidad, no puede el estado a obligarla a investigarla ni a promover la acciones judiciales destinadas a establecerlas; mientras si es la querellante quién desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo. Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga.¹⁰⁷

Existe una clara distinción entre la naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de las declaraciones verbales de los imputados respecto de las pruebas de carácter material que hipotéticamente puedan obtenerse de sus cuerpos en tanto no se vean afectados los derechos a la intimidad y a la salud.¹⁰⁸

Debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas constitucionales y los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional no implica que se prohíba toda intrusión estatal con relación a los derechos de privacidad y de libertad ambulatoria de las personas. Importa mas bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego ha impedir la ejecución de medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdades el ámbito del proceso penal

La sociedad tiene derecho a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al restablecimiento del orden institucional y, en particular, los derechos de los familiares de las victimas lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y, con ello de su identidad.¹⁰⁹

4.- La compulsión en las pruebas y las normas legales específicas.

Es interesante analizar si la ley 23511 rechaza la posibilidad de que los análisis genéticos se impongan compulsivamente.

Una corriente sostiene que a la luz del texto legal- en cuanto dispone que la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio en contrario a la posición sustentada por el renuente (art. 4, párrafo 1, in fine ley 23511) es

dable inferir que el ordenamiento jurídico no admite la obligatoriedad de estas pruebas.¹¹⁰

La Corte Suprema de Justicia, en el caso “Muller”, enarboló igual tesitura al afirmar que el párrafo de la norma “indica la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas... y por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito”.¹¹¹

Discrepamos con la corriente que deniega la facultad del órgano judicial para ordenar la prueba compulsiva pues, con la realización de la prueba, no nos parece que pueda válidamente esgrimirse que se conculquen derechos personalísimos del demandado. Hoy resultan francamente anacrónicas toda las argumentaciones que aluden a la violencia sobre las personas o a la invasión de su esfera íntima o intimidad.¹¹² Sin embargo, esta posición no significa adherir a la doctrina extrema –como la antes explicitada– que se traduce en una suerte de imposición automática y compulsiva de la prueba genética en todos los casos en que se reclama por una filiación, sino que nos orientamos a considerar que si bien los jueces están facultados para disponer compulsivamente las pruebas genéticas, estas no se deben practicar de modo automático en todos los casos de filiación.

Debemos destacar la importancia de la realización efectiva de la pericia genética, y ya sólo esta afirmación nos lleva de la mano a postular la inadmisibilidad de que esos estudios queden sujetos a la voluntad y al arbitrio del presunto padre. De lo contrario, es cierto que el principio de la igualdad de filiaciones no pasaría de ser una mera declaración formal. Por tales motivos, no corresponde sino adherir a quienes sostienen la necesidad de que se concreten los análisis biológicos en los juicios de filiación, de manera que la paternidad que se reclama por el actor no termine siendo declarada como

resultado de una ficción que deja subyacente el beneficio de la duda; situación que ética y psicológicamente no ha de ser lo mismo para el niño que cuando se consigue una verificación científica con un alto grado de verosimilitud.¹¹³

Desde otra perspectiva, debe resaltarse que la compulsión del sujeto por la fuerza pública no es ajena en nuestro ordenamiento jurídico. De una u otra manera, diversos dispositivos legales afectan la libertad y autodeterminación de la persona. Así, las leyes de represión penal; la obligación de someterse a los exámenes prenupciales como un requisito indispensable para contraer matrimonio; la prueba de sangre que se imponía –aun para casos de excepción– a los fines de cumplir con el servicio militar, cuando éste estaba establecido como una exigencia al ciudadano, y la pena privativa de la libertad que se le aplicaba a quien se resistía a cumplir con dicho servicio; la imposición de la identificación digital o plantal, etcétera.

5.- La aplicación de un criterio selectivo y de razonabilidad para disponer la práctica compulsiva de la prueba biológica.

Nos orientamos a considerar que los jueces están facultados para disponer compulsivamente las pruebas genéticas, éstas no se deben practicar de modo automático en todos los casos de filiación.

Es así que para disponer o no forzosamente la pericia genética, la idea central reside en aplicar un criterio selectivo y de razonabilidad, lo que significa decir que únicamente tiene que ser ordenada cuando se lo estime necesario por resultar de gran utilidad para la prueba del proceso y una vez evaluado el material existencial obrante en el expediente respectivo.

Es en definitiva en las causas dudosas donde la ejecución compulsiva de los análisis se impone sin ninguna vacilación; hipótesis en que las pruebas colectadas son suficientes para acreditar que la demanda no es frívola o abusiva, pero insuficientes por sí solas para declarar el vínculo filiatorio reclamado. O sea, en los supuestos en que la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial.¹¹⁴

Bien dice Morello, que todos los sistemas judiciales modernos admiten la producción forzada de las piezas y documentos, y que a una conclusión similar se arriba si en lugar de objetos la prueba se dispone sobre la persona, ya que tal pericia no es estimada en sí ofensiva ni irrazonable para un hombre medio; claro está, en tanto se encuentre controlada por el juez y sirva a los fines de la Justicia.¹¹⁵

En consecuencia, dentro de los límites indicados, no hay motivo para sacrificar tan valiosos y precisos elementos de reconstrucción de la verdad. Por lo que parece atinado exigir que la extracción compulsiva de la muestra se lleve a cabo sobre el sujeto tras una orden jurisdiccional expresa – que estimamos debe estar fundamentada - y en presencia de un funcionario judicial. En esas condiciones, con todas las garantías que sean menester, la medida puede disponerse de oficio (art. 253 cód. civil) y en cualquier instancia.

También en nuestro Código Procesal Civil y Comercial en el art. 196 se establece que “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión, salvo cuando se trate de

asuntos que afecten el orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba. Esta última medida será recurrible.”¹¹⁶

6.- La ejecución forzada de la pericia mediante la obtención de muestras de los cadáveres.

Es posible hablar de que la pericia genética no se practique en los seres vivos sino sobre personas fallecidas. Es interesante advertir que se ha producido una evolución en las ideas y el pensamiento. Efectivamente, si revisamos pronunciamientos judiciales antiguos comprobaremos la resistencia de los jueces a proceder a la exhumación de los cadáveres invocando el carácter sagrado del sepulcro. Se mantuvo pues con firmeza la veneración y el respeto del despojos humanos, por lo que sólo a título rigurosamente excepcional se autorizaba la exhumación y examen de un cadáver en causas de naturaleza penal y a los fines requeridos por la investigación que se realizaba en su ámbito.¹¹⁷

Autores como Mercader afirmaba que el cadáver y el sepulcro continúan regidos por el derecho divino, tal como en Roma, y que este concepto subsiste sin quebranto. La muerte insufla una grandeza igualitaria a los cadáveres y sobre esa idea – que es de dignidad insuperable– se funda el religioso respeto que sugiere el prójimo nada más porque yace sin vida¹¹⁸.

A lo largo de los años se produjo un cambio radical sobre este tema. Cada vez mas se va asentando un criterio pacífico que autoriza la exhumación forzada del cadáver para la extracción de muestras cuando esta en juego el emplazamiento filiatorio del reclamante. La construcción jurídica contemporánea se sustenta en un esquema que nos parece impecable, en particular porque se ha advertido que en la oposición de intereses

no están en colisión derechos que se hallan ubicados en una igual o similar jerarquía. Es que, ante el planteo del accionante que está en la búsqueda de su identidad de origen, no se le opone el derecho a la libertad del demandado que se resiste a que se ejecute la prueba sobre su propio cuerpo, tampoco se afecta su integridad psicofísica, o su garantía constitucional a no inculparse, o su intimidad, etcétera. Ello así porque tales derechos y garantías –vitalicios e intransferibles– se extinguieron con la muerte del sujeto, a quien precisamente se le ha de extraer la muestra.

La colisión, entonces, únicamente ha de acontecer no con los derechos personalísimos del muerto –que obviamente ya no los tiene– sino con los que invocan sus familiares sobrevivientes y que tendrán una naturaleza distinta: será una prerrogativa a disponer sobre el cadáver de su ser querido y a velar por el descanso en paz de los restos mortales.¹¹⁹ Se erige en un poder jurídico subjetivo, y por tanto, de carácter relativo, reconociendo limitaciones en tanto se dirige únicamente a conformar un sentimiento de piedad sobre el difunto mediante el arbitrio de todo lo relacionado con el reposo de sus restos mortales y la perpetuación de su memoria. Ninguna norma jurídica específica recepta el conflicto relativo al poder de disposición de los restos mortales, en ausencia de manifestación de voluntad del difunto, por lo que la decisión de los parientes deberá conformarse a las creencias religiosas del fallecido y no contrariar los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodias de cadáveres. El derecho de los familiares del difunto imputado como padre en juicio de filiación a oponerse a que se extraigan muestras para el análisis debe ceder frente al derecho de la menor que involucra el orden público. Por lo tanto, las normas que lo rigen, de naturaleza imperativa, deben prevalecer frente a intereses familiares no menos respetables pero operativos en el ámbito estrictamente privado de los individuos que lo esgrimen.¹²⁰

Además, el interés de los familiares del difunto imputado, que en calidad de herederos del mismo son demandados en el juicio de filiación, no puede consistir en que la prueba del A.D.N. sobre los restos mortales no se concrete, ya que tal circunstancia las mantendría en una peligrosa situación de duda al perderse la posibilidad de descubrir que existe un descendiente, que, en definitiva también hace a la identidad de ellos, desde una perspectiva histórica y social, habida cuenta de que el demandante pasará a integrar el grupo de descendientes del mismo, si se hace lugar a la filiación demandada.¹²¹

7.- Jurisprudencia.

7.1.- En el caso de personas fallecidas en juicio de filiación es interesante recordar el fallo de la Sala 1ra. de la Cámara de Bahía Blanca –uno de los primeros- 31/3/92 donde se hizo lugar a la acción en base a las pruebas biogénéticas. En el caso un menor representado por su madre reclamó la filiación extramatrimonial paterna a la esposa de su padre premuerto y a la hija de éste. Alegó además el concubinato de sus padres al momento de la concepción. Las demandadas solicitaron el rechazo de la acción, negando el concubinato del causante y señalando que hasta su muerte éste vivía con su familia legítima. El fallo dice: “Desaparecido el demandado quien se opuso a la prueba pericial correspondiente para determinar la filiación del menor en cuyo interés se promovió el proceso, el ejercicio de los derechos personales que legítimamente opuso a la ejecución de la pericia, vinculados con la libertad e inviolabilidad de su persona, desaparecen con él, pues son caracteres intrínsecos de tales derechos extrapatrimoniales el de ser vitalicios e intransferibles. Ello así, si no se cuenta con la aquiescencia de quien ha sustituido al fallecido en el proceso –su esposa- se patentizaría una real colisión de intereses: por un lado, los del menor para quien se persigue el esclarecimiento de su conexión filio-paternal, y por el otro, el del respeto por los restos

físicos de aquél –pero en tanto existe otro interés, el de la sociedad, que propende a la dilucidación del vínculo en pos de la plasmación de la familia, connotada por la impronta del orden público, la eventual oposición de aquella no puede frustrar una diligencia justificada en razón de la atención de los restantes valores indicados, que deben prevalecer...”.

7.2.- Con referencia al tema tenemos un dictamen del Asesor de Menores de Cám. Civ. Sala E del 2-10-87 y un fallo de Cám. Civ. y Com. Morón Sala II del 11-8-92: “Esta gama de posibilidades probatorias, para los casos generales de reclamación de paternidad extramatrimonial “*post mortem patris*” nos permite inferir, con cierta justeza, que la falta de su ejercicio en vida de éste, no puede entenderse como renuncia a la misma al igual que se presume que nadie haya querido anteponer un extraño a sus propios hijos. Ello se emparenta, asimismo, con el alcance o sentido de imprescriptibilidad de las acciones de familia. De ahí, pues, que una acción de estado de familia que persigue determinar la verdadera filiación e identidad de un menor y el emplazamiento en el estado de familia preexistente al que ostenta constituye una especie dentro de aquel género”.

El interés de los familiares del difunto, que se resisten a la pretensión de que se extraigan muestras del cadáver del padre, imputado en un juicio de filiación a fin de practicarse una análisis molecular de tipificación de ADN, se traduce en el derecho personalísimo de los herederos del difunto de establecer el mejor resguardo de los intereses morales y familiares que están en juego, pro debe ceder ante el derecho de la menor accionante que involucra el orden público, ya que en los juicios de filiación hay de por medio un interés social en la averiguación de la verdad, que se encuentra solo al servicio de un interés privado.¹²²

7.3.- Aunque el juicio de filiación encierra una contienda eminentemente privada, involucra un conflicto social, pues a la comunidad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad.¹²³

8.- La pericia genética en la persona de un tercero.

Cuando por alguna circunstancia la prueba no pueda realizarse, por ejemplo porque no existe el cadáver o ha desaparecido podría recurrirse a los estudios respecto de los ascendientes o hermanos del padre que puedan aportar datos relevantes aunque los porcentajes de inclusión sean menores a los que resulten de pruebas directas entre los interesados.

Ya ha sido dejada de lado la concepción individualista del proceso, por lo que carece hoy de entidad el argumento de que no cabe importunar a terceros conстриéndolos a que intervengan en una prueba que no les concierne. En efecto, con acierto explica MORELLO que esta manera de razonar actualmente parece anacrónico¹²⁴. Sin embargo, lo que aquí se deduce lejos está de ser un planteo novedoso pues se sostuvo hace varias décadas atrás por el maestro MERCADER. Este ilustre estudioso afirmaba allá por 1941 que toda persona, por el hecho de vivir en la sujeción del orden jurídico, tiene sobre sí el deber de aportar su actividad al servicio de la justicia¹²⁵. Con mayor razón se justifican aquí las prácticas compulsivas ya que en la especie no se está ante un demandado por hechos propios.

9.- Conclusión.

Pensamos que, en una legislación futura, debería establecerse la obligatoriedad de las partes a someterse a las pruebas biológicas ordenadas por el juez, ya que en la

vida de nuestro ordenamiento legal, numerosas normas imponen a los ciudadanos la realización de actos que afectan a su autodeterminación y libertad personal, ejemplo el examen prenupcial, obligatoriedad de vacunas, etc. Recordemos también que en el ámbito civil existe la posibilidad de citar a los testigos por medio de la fuerza pública, aún todas las medidas cautelares que afectan el patrimonio de las personas y por ende, el ejercicio y libertades individuales consagrados por la Constitución Nacional.

Entendemos que frente al avance de la ciencia que permite una prueba directa de paternidad, no parece para nada valioso acudir a una presunción basada en la negativa a someterse a los exámenes periciales para determinar la filiación. Además, queremos resaltar que esta filiación resultado de una ficción como consecuencia de una verdad negada, deja subyacente la duda durante toda la vida del hijo.

Capítulo VI

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

SUMARIO: 1.Introducción 2.Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. 3. Intervención del Estado. 4. Actuación el Ministerio Público. 5. Dimensión del derecho a la identidad personal. 6. El deber de la madre. 7. Derechos fundamentales en juego. 8. Jurisprudencia sistematizada. 9. Conclusión.

1.- Introducción.

Seguidamente consideraremos los problemas planteados para garantizar el derecho a conocer la identidad cuando converge con otros derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad, el de no autoincriminación, integridad física, para lo cual se requiere evaluar la verdadera regla de armonización, cuya aplicación se esgrime para resolver controversias cuando están en juego diferentes garantías consagradas por la Constitución nacional y los Tratados internacionales. También analizaremos en este capítulo como interviene el estado en resguardo a el derecho a la identidad que tiene todo menor y como actúa el Ministerio Público de Menores en estos casos.

2.- Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial.

Este aspecto del derecho a la identidad consiste en que todo niño o niña tiene derecho a ser inscripto/a inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7 Convención sobre los Derechos del Niño).

El Estado tiene la obligación, cuando un niño o niña sea privado/a ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento.

El art. 8 de la convención deja constancia 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.”

En congruencia cabe sostener que el deber correlativo llama primeramente a los padres o tutores, que ejercen respecto al niño potestad y representación; también a terceras personas físicas o jurídicas que, de hecho o de derecho, se vinculan con él en situaciones en la que puede resultar algún menoscabo.

El artículo 255 del Código Civil debe interpretarse actualmente a la luz de lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22)

Dado el emplazamiento de la madre, como representante legal y necesaria de su hijo, y el requisito de su consentimiento expreso, impuesto por el art. 255 del Cód.Civil, para que el Ministerio Público reclame la filiación de las personas menores de edad inscriptas como de padre desconocido, se hace imperativo que también pese sobre la madre el deber de permitir a su hijo conocer su verdadera identidad.

En el supuesto de existir motivos que justifiquen que la madre no desee instar personalmente la acción, debe considerarse implícitamente autorizado el Ministerio Público Pupilar o Tutelar, para promover la pretensión filiatoria, preservando en lo posible el derecho a la intimidad, o en su caso, al honor, de la madre, pues todo lo que tramite en el expediente quedará reservado a las partes intervinientes.

3.- Intervención del Estado.

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

En la realidad cotidiana, el Estado y diversas agencias sociales intervienen permanentemente conformando la familia y los roles dentro de ella, controlando su

funcionamiento, poniendo límites, ofreciendo oportunidades y opciones. En este sentido, la conformación de la familia es el resultado de la intervención de diversas fuerzas e instituciones sociales y políticas: servicios sociales, legislación, agencias de control social

Los tribunales de menores es una de las intromisiones al seno familiar con sus respectivas instituciones caritativas. El Estado interviene en la vida familiar, lo cual se manifiesta no solamente en casos extremos en que es el mismo Estado quien confronta a los padres e inclusive llega a quitarles la patria potestad. También es el Estado, que a través del Ministerio Público de Menores, promueve la acción judicial de la paternidad.

4.- Actuación del Ministerio Público.

El artículo 255 del Código Civil dispone: “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quién deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.¹²⁶

La citación de la madre, es prácticamente indispensable de hecho para procurar la determinación de la paternidad. Será redactada en forma que no deje lugar a dudas tanto de la finalidad de la convocatoria como de su carácter meramente invitatorio, despojado de sanción alguna en caso de no comparecencia o de negativa de mencionar el nombre del padre.

En el supuesto de que la madre acceda a hacerse presente, es lógico que le sea sugerido que ella misma gestione el reconocimiento del hijo por el padre. Ante su

negativa o la invocación de razonable dificultad de lograrlo, el organismo público debe realizar las gestiones necesarias a ese fin.

Fracasado el intento de obtener el reconocimiento; el Ministerio Público de Menores está autorizado para promover y continuar la acción de reclamación de la filiación, exclusivamente cuando la madre consienta expresamente en ello. La conformidad de la progenitora no constituye un mandato a favor del Ministerio sino solo el requisito indispensable para configurar su personería activa en el proceso, al que aquella queda vinculada como parte en litisconsorcio, representando al hijo menor.

La madre puede desistir de la acción, lo que implicará que no existe, a partir de entonces, la conformidad exigida por el artículo 255 del Código Civil para que el Ministerio Público pueda actuar a pesar del desistimiento de la madre.

Con respecto a esta cuestión si el Ministerio de Menores podría continuar con la acción podemos encontrar dos posturas: una postura que dice que; la ley de fondo sostiene que el consentimiento de la madre debe pervivir y que el desistimiento de ésta, en tanto ejerce la patria potestad de su hijo, importa la falta de consentimiento, para el futuro, a fin de proseguir la acción de reclamación de la filiación paterna. Es cierto que el desistimiento puede encubrir una negociación repudiable al interés del menor- el hijo- pero no es menos cierto que puede, también, deberse a razones de índole personal, íntima, que aconsejan no proseguir la causa. Frente a ello, sostienen que debe privar el carácter voluntario que, desde el inicio, posee la actuación judicial.¹²⁷

La otra postura que sostiene que el desistimiento de la acción de la madre no paraliza la acción, la que será continuada por el Ministerio de Menores. Ello es así, ya que la cuestión es de orden público y porque sin desmedro del derecho personal de hijo, la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer la

identidad de sus padres. A la comunidad toda le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo a conocer la identidad de su padre y es por ello que una vez habilitada la instancia por el consentimiento de la madre, el Ministerio Público deberá seguir las acciones hasta su culminación. De lo contrario, se posibilitaría que cualquier presión o beneficio ofrecido a la madre por el presunto padre o un tercero podría echar por tierra las actuaciones y dejar de esta forma desprotegidos los derechos del al que, aun conociendo la identidad de su padre, no podrá obtener un pronunciamiento judicial en este sentido hasta que no alcance la mayoría de edad, lo cual resulta a todas luces inadmisibles. Se nos hace falaz acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más, concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad- ni el padre o la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo- ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo.¹²⁸ Compartimos este postulado ya que la cuestión identitaria de los hijos no puede depender del libre albedrío materno. Desde una perspectiva ética y jurídica, quién asume la maternidad sin vicios de la voluntad, con plena conciencia de sus actos y de sus responsabilidades, han trascendido su propia motivación individual y ha creado circunstancias que, por afectar al hijo no puede a su antojo desvirtuar¹²⁹, debiéndose considerar disvaliosa dicha forma de actuar y de esa manera negar a su hijo la posibilidad en los primeros años de su vida tener una identidad plena.

5.- Dimensión del derecho a la identidad personal.

El concepto de identidad comienza con el inicio de la vida sin embargo toma clara definición recién cuando es conocida. La identidad personal tiene un aspecto

estático y otro dinámico, y es más amplio, que el normalmente aceptado, restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil)¹³⁰.

Conocer cual es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad. El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferentes a los otros.¹³¹

6.- El deber de la madre.

Dado el emplazamiento de la madre, como representante legal y necesaria de su hijo, y el requisito de su consentimiento expreso para que el Ministerio Público reclame la filiación de los menores inscriptos como de padre desconocido (art.255 del Cód.Civil), es necesario que también pese sobre la madre el deber de permitir a su hijo o hija conocer su verdadera identidad. El respeto al derecho de todo ser humano a conocer su origen, implica que la madre sea colaboradora activa y oportuna. No puede diferirse a la época en que el hijo pueda accionar por filiación por sí mismo.

El cercenamiento de parte de su identidad, por noble que pueda parecer la actitud de la mujer que resuelve ser madre a pesar de la censurable conducta de su co-engendrante, causará un daño irreversible en una persona que crezca sin poder ejercer todos los derechos y atributos derivados de su estado de familia. En el difícil conflicto entre dos derechos personalísimos de elevada jerarquía como son el derecho a la

intimidad de la madre, y el derecho a la identidad del menor, deben conciliarse ambos aspectos teniendo en cuenta el interés superior del niño. Los sujetos obligados a respetar este derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su identidad de origen (su verdad biológica) es la comunidad en su conjunto, que debe velar por su efectiva vigencia y el Estado, cuyos funcionarios deben tener al respecto conductas positivas. La madre, al ser la representante necesaria del menor incapaz, está emplazada de modo tal que su conducta es decisiva para que el niño no reconocido por su padre pueda ejercer su derecho a conocer su verdadera historia, como hemos sostenido en otras ocasiones. En consecuencia, existe obligación legal de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso. A los efectos de conciliar el derecho de la madre a no afrontar situaciones quizás dolorosas para ella, cuando existan razones justificadas como podrían ser una violación, o circunstancias similares, podría legitimarse procesalmente al niño a requerir un tutor especial *ad-litem*, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Pupilar

7.- Derechos fundamentales en juego.

Los derechos de la personalidad, o derechos personalísimos son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privado por la acción del Estado o de los particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad.¹³²

Estos derechos esenciales tienen por fundamento la libertad, independencia, autodesarrollo y realización del ser humano independientemente de su capacidad para ser titular de derechos subjetivos reconocidos por el orden jurídico positivo, o contraer obligaciones. Se incluye en esta categoría, el derecho a la vida, a la identidad, a la

integridad física, intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al honor y a la dignidad entre otros.

En las acciones de filiación ante el ofrecimiento de las pruebas biológicas entran a jugar derechos fundamentales de igual jerarquía, cuya titularidad pertenece a cada una de las partes en litigio.

Cuando el padre alegado se niega a someterse, funda su decisión en el derecho a la integridad física, que se lo considera incluido en el art. 33 de la Constitución nacional (derechos no enumerados) y figura además contemplado explícitamente en el art. 5º, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica, en el derecho a la intimidad que se encuentra amparado por el art.19 Constitución Nacional, el art. 11, incs. 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 16 de la Convención sobre los Derechos de Niño, el art. 17 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Y también en el derecho de defensa en juicio y a no autoincriminarse que se hallan inscriptos en el art. 18 de nuestra ley fundamental y en el art. 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³³

Por su parte el hijo/a reclama el derecho de acceder a su verdad biológica, amparado en el derecho a la identidad.(art. 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del Niño y art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

El derecho a la intimidad constituye uno de los contenidos principales del derecho a la dignidad. Es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera de espacio privativo o reducto inviolable de la libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o del propio estado, mediante intromisiones de cualquier signo. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones

básicas para que el hombre pueda desarrollar su persona y su individualidad en inteligencia y libertad.

La intimidad se percibe como un derecho inherente a la persona, que no debe conquistarlo para poseerlo, ni se pierde por desconocerlo. Más bien se percibe como una característica propia del ser humano por el mero hecho de serlo.

Este derecho, que en muchas constituciones como la nuestra tiene rango fundamental, tiene sus raíces en el derecho al respeto y la libertad de la persona, que se encuentra en la base de todo tipo de convivencia y de relaciones humanas.

Con respecto al derecho a la integridad física si bien no se encuentra reconocido en forma expresa en la Constitución Nacional ni tampoco en la de la provincia de Santa Fe , pero esta presupuesto en ellas. El art. 6 de la Constitución Provincial asegura en provincia, tanto para nacionales como para extranjeros, la vigencia de los derechos y garantías que reconocen la constitución nacional y la misma provincial. Se trata de los “derechos implícitos”, o “no enumerados” o “no previstos” que emergen del art. 33 del texto nacional.¹³⁴

En cuanto al derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo que según Bidart Campos no solo es aplicable al derecho penal, sino a todos los derechos como norma genérica que no distingue clases de procesos. Este autor sostiene que en ningún proceso, civil o penal, es viable obligar a declara a una persona contra sí mismo, ni tampoco inferir presunciones en contra de quién 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.¹³⁵

Cuadra advertir, no obstante, que a pesar de existir un bloque de constitucionalidad que tendrá como principio un mismo nivel jerárquico, no siempre será factible la armonización, situación que se traducirá en la necesidad de otorgar preferencia a un derecho sobre otro. Pero corresponde destacar, que la eventual colisión deberá ser solucionada ponderando las circunstancias de hecho de cada caso concreto. Las prioridades se acordarán en la especie según las particularidades del asunto que el tribunal tiene en sus manos y los valores que en el supuesto se estima fundamental preservar.

Decididamente estos derechos merecen ser respetados, pero desde ningún punto de vista pueden ser invocados por el demandado para evadir su responsabilidad y privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica, su identidad.

La constitución protege los derechos a la intimidad y sanciona a quién se inmiscuye con la documentación privada, esto es cartas, documentos, etc. Pero que sucede si lo que en realidad lo que se busca es averiguar y conocer la identidad de alguien? Se mantiene esta supremacía? Que pasa cuando el derecho a la intimidad colisiona con el derecho que tenemos de conocer nuestra identidad?

Pensamos que el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima de estos derechos que invoca el presunto padre para evadir responsabilidades que debería asumir como tal en el caso que las pruebas demostraren que existe el vínculo biológico entre ambos.

Creemos que no puede considerarse vulnerado el derecho a la intimidad del accionado, pues en todo caso la intromisión en la vida privada del individuo se encuentra debidamente justificada en la necesaria protección del derecho a la identidad del niño (art. 7 y 8 C.D.N. con jerarquía constitucional).

También consideramos negativa la idea de que el indicio que contempla el art. 4º de la ley 23.511 afecte la intimidad de la persona, ya que el derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de la privacidad del presunto progenitor, pues media un interés social en que aquel obtenga el emplazamiento que le corresponda, lo cual conlleva a obstar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares. Por los demás, y esto nos parece fundamental, es que el propio accionado dejó de lado su propia intimidad, al transportar fuera de sí su propio material genético, al mantener relaciones sexuales con la madre de quien ahora busca su identidad.

Es importante distinguir el derecho a la identidad del derecho a la intimidad porque el primero asegura la fiel representación de la protección social, mientras que el segundo tutela la representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable.

El presunto padre no puede ampararse en el ejercicio abusivo de los derechos de la personalidad que no son absolutos, sino relativos. El derecho a conocer la identidad debe primar en este caso, por sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente contrariando los deberes de colaboración o cooperación vigentes en el moderno proceso civil.¹³⁶

Tampoco nos parece un argumento de peso señalar que, con la ejecución del análisis, se encuentran afectados otros derechos fundamentales (como la vida, la salud, la integridad corporal). Se trata, en la especie, de una mínima colaboración en donde la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por los medios ordinarios empleados en medicina, pueda ser considerada una perturbación. Además en la actualidad ni siquiera será indispensable proceder a una punción venosa para la extracción de sangre bastando al respecto la ínfima molestia que podría significar la

ejecución de un hisopado de la mucosa bucal, por lo que a la práctica se lo puede calificar como un método indoloro e inofensivo y por ende, no traumático. Bien se ve, pues, que en absoluto se está ante una prueba degradante que afecte el pudor, el recato o la dignidad del justiciable y obviamente no media riesgo para su salud ni le ocasiona vejamen alguno. En realidad sería una perturbación mínima comparada con el daño que se le ocasiona a una persona negándole la posibilidad de conocer quien es realmente, su verdadero origen biológico.

El derecho del menor a encontrar su verdadera identidad tiene entidad suficiente como para repeler planteos fundados en la afectación de la dignidad y el derecho a disponer sobre el propio cuerpo. No es necesario profundizar el análisis para detectar que esta clase de argumentos opuestos por quienes son demandados en acciones de reclamación de la paternidad, implican la utilización de normas jurídicas cuyo fundamento es bien distinto del que ellos persiguen. Los tribunales no pueden admitir las objeciones opuestas cuando es claro que se busca evadir compromisos y deberes legales, máxime si se toma en cuenta que el procedimiento para la obtención de la muestra es sumamente y para nada traumático.

Respecto al principio constitucional de que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, resulta interesante analizar la postura de Bidart Campos, que reconoce el derecho constitucional a indagar la filiación y que la búsqueda del emplazamiento en el estado civil no se aloja en la intimidad o privacidad de cada uno sino que la trasciende por el interés social que está involucrado, postula que para que pueda practicarse la pericia genética, se requiere el consentimiento inexorable del padre alegado y que ante su negativa no puede tener bajo ningún concepto, una presunción o indicio en su contra, de manera que una norma legal que lo estableciera sería irremediabilmente inconstitucional. Es que -nos dice el autor- no estar obligado a declarar contra sí mismo

implica que el sujeto no puede verse constreñido a prestar su propio cuerpo. En consecuencia, el ejercicio de este derecho por el renuente no le puede causar ningún perjuicio. Por otro lado, si bien admite que en el conflicto entre dos derechos personalísimos se debe optar por el de mayor “valiosidad”, afirma que esta tesis resulta admisible en tanto solo limite y no “aniquile” aquel derecho que no se ha preferido.¹³⁷

No participamos de la posición sostenida por el autor, y consideramos que la realización de la pericia no constituye en verdad una autoincriminación, y que la prohibición sólo rige en materia penal.

La garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, no se vincula con la situación planteada, en donde lo que se busca es que el menor conozca su verdad biológica. Sólo se pide la colaboración para producir una prueba concluyente. En todo caso, si esto debe ser equiparado a una declaración en razón del significado que arrojará la prueba, cabe concluir en que el demandado sabe y reconoce, que el resultado le será adverso.

Cuando el tribunal dispone en una determinada causa que se efectúe una pericia biológica (art. 253 Cód. Civil) y, ante la negativa del demandado, ordena su ejecución compulsiva o extrae consecuencias procesales de la conducta observada por el encartado -aun en el supuesto de que se interpretara que esas medidas podrían afectar el derecho a la intimidad o el de no autoincriminación -, de ningún modo se transgrede la Constitución por haber hecho prevalecer el juez otro derecho personalísimo que estimó en el caso más valioso y de insoslayable aplicación. En definitiva lo que aquí cumple un papel decisivo es la idea de “proporcionalidad del sacrificio”, y precisamente será este criterio orientador el que llevará al magistrado- habida cuenta la mínima molestia que, en el peor de los casos, podría implicar la efectivización de la pericia - a optar por

la concreción de la mentada prueba; ello para la identidad reclamada no quede destruida de por vida y se pida la necesaria reconstrucción de la verdad ¹³⁸

En la averiguación de la verdad biológica no están en juego solamente intereses privados, sino que lo está el interés público como lo es el estado de las personas. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño su derecho a conocer su origen. La justicia no aspira solamente a llegar a una verdad judicial, conforme a las pruebas rendidas: va más allá al buscar la realidad objetiva de la existencia o no existencia de un nexo paterno filial.

La Convención Sobre los Derechos del Niño contempla la identidad del menor como uno de sus derechos básicos de protección, haciéndolo a través de disposiciones específicas y de otras incidentales que demuestran idéntica finalidad tutelar. El art. 8 consagra el derecho a la identidad mencionado como elementos a resguardar, el nombre y las relaciones familiares. Se complementa con lo dispuesto en el art. 7 con referencia al nombre y a la nacionalidad agregando el conocimiento de la realidad biológica que constituye uno de los aspectos más trascendentales de la identidad personal.

La protección de este derecho, en consecuencia se dirige a que la persona no quede cristalizada en la no coincidencia con su verdad histórica y, por eso, apunta a la defensa de su mismidad ante toda acción que pueda desfigurarla. La identidad personal, en suma, “es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”

8.- Jurisprudencia sistematizada.

8.1.- Que una extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorios bioquímicos es inocua, indolora, no invasora y atraumática y es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza aproximada al 100% y termina en poco tiempo con un problema de recolección de pruebas que, de otra manera, implicaría mayor tiempo y esfuerzo.¹³⁹

8.2.- El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a estos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que todo sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida elegidos desde la libertad. Pues es esta finalmente la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido¹⁴⁰.

8.3.- Los derechos reconocidos en la Constitución- y por ende en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la carta magna- deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales.¹⁴¹

8.4.- Con las pruebas biológicas no se está forzando una declaración con un contenido incriminatorio, sino procurando que el individuo se convierta en objeto de una prueba pericial de alto grado de exactitud científica. Pretender que ello se asemeje a una declaración por la circunstancia de que se extraerían del propio cuerpo los elementos conducentes a la determinación de la verdad, lo cual equivaldría a una confesión vertida mediante el lenguaje del cuerpo, no es una argumentación jurídica, sino el uso de una bella metáfora literaria. Se trata de un tipo de prueba que, salvo que

se pretendiera realizar coactivamente, no compromete libertad moral del justiciable y por lo tanto no es principio inválida por no ofender el derecho del sujeto a no declarar contra sí mismo.¹⁴²

9.- Conclusión.

Tenemos el derecho del hijo a conocer su origen y preservar su identidad, derecho consagrado por la Convención de los Derechos del Niño. Por otro lado el derecho a la libertad e inviolabilidad de la persona que eventualmente puede esgrimir quién es imputado como padre.

Razonamos que el indicio establecido en el art. 4 de la ley 23.511, en contra de quien se niega a someterse a la prueba biológica, no viola la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo (art.18 C N), porque lo que se pide no es una declaración sino una colaboración para una prueba concluyente.

Si bien entendemos que estos derechos se encuentran en un mismo nivel, cuando entran en conflicto se le da preferencia a uno sobre otro. Pensamos que el derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos reviste mayor importancia que el derecho a la intimidad de quién se dice afectado por la realización de las pruebas biológicas, podemos afirmar que no existe proporción entre el sacrificio de una gota de sangre y el despojo que se impone a quién no puede precisar su identidad, aunque en la actualidad ya no es necesaria la extracción de sangre sino que basta con un simple hisopado bucal, lo que lleva a reforzar que debe primar el derecho a la identidad.

En definitiva estos derechos que se invocan sólo tienden a evitar la realización de la prueba biológica, finalidad bien distinta a la que le atribuye nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo VII

RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE RECONOCIMIENTO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos de la personalidad y derechos de la familia extramatrimoniales. 3. Protección jurídica del derecho a la identidad. 4 Responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente., Obligación de reparar el daño extramatrimonial producido. 5. Presupuestos de responsabilidad civil: a) daño; b) dolo o culpa; c) relación de causalidad; d) antijuricidad. 6. Los eximentes de responsabilidad. 7. Responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones tendientes a la determinación de la paternidad. 8. Legitimados para reclamar: A) hijo; B) madre: como legitimada indirecta para reclamar daño moral y como heredera para reclamar daño moral sufrido por su hijo. 9. Jurisprudencia. 10. Prueba del daño. 11. Jurisprudencia sistematizada. 12. Prescripción. 13. Conclusión

1.- Introducción.

En este capítulo abordaremos el tema de la posibilidad de reclamar civilmente por daños causados por el no reconocimiento de hijos, por haberlos privado de uno de los derechos meramente esenciales, como lo es el derecho a la identidad que tiene todo ser humano. Para ello analizaremos los presupuestos de responsabilidad, quienes se encuentran legitimados para iniciar esta acción y como se prueba el daño ocasionado.

2.- Derechos de la personalidad y derechos de la familia extrapatrimoniales.

Los bienes extrapatrimoniales constituyen lo que la persona es, la conculcación de éstos configura los daños morales que, lo expresa el art. 1068 del código civil, constituye el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, a diferencia de los daños patrimoniales, caracterizados por la misma norma como el perjuicio causado a las cosas de su dominio o posesión.

Estos atributos de la personalidad o bienes personales, que constituyen lo que la persona es, están integrados por los llamados derechos de la personalidad, llamados por el codificador derechos personales, cuya verdadera naturaleza de derecho subjetivo se encuentra en la actualidad generalmente reconocida (derecho al honor, a la integridad física, a la intimidad, etc., que en su conjunto integran el patrimonio moral de las personas).

Forman parte de esta categoría, aunque con ribetes propios de la especie, los derechos derivados del estado de familia de orden extrapatrimonial, que deben ser considerados como uno de los atributos de la personalidad en razón de que en las

sociedades contemporáneas la familia constituye una institución permanente y natural formada por un grupo de personas vinculadas jurídicamente entre sí.

Estos derechos subjetivos familiares de orden extrapatrimonial tienen, sin embargo, una característica que los distingue de los derechos de la personalidad propiamente dichos:

- a) Son derechos – funciones que, generalmente, van unidos a deberes o son correlativos de ellos.
- b) Estos derechos – funciones están impuestos en el interés familiar y por tanto tienen carácter imperativo.

La vulneración o conculcación de estos derechos de familia de carácter extrapatrimonial originan como ocurre con los derechos de la personalidad, agravios morales susceptibles de reparación, conforme a las disposiciones del código civil (art, 1075 y 1078).

3.- Protección jurídica del derecho a la identidad personal.

Así como se reconoce que toda agresión a los derechos personalísimos, aunque éstos sean de contenido extrapatrimonial, genera derecho al resarcimiento, y consecuentemente, merecen tutela preventiva, no es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza "su verdad histórica"¹⁴³.

En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y

complejos aspectos de la personalidad de un ser humano¹⁴⁴. La identidad personal hace a la personalidad, como la libertad o la vida.

4.- Responsabilidad Civil del Progenitor Extramatrimonial no Reconociente.

4.a.- Obligación de Reparar el Daño Expatrimonial Producido.-

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Existen dos tesis, una que admite la posibilidad de otorgar indemnización por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento del hijo y quienes no lo hacen, señalando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis restrictiva han sido desarrollados por el Señor Juez de la Suprema Corte de Buenos Aires doctor Petiggiani, en posición hasta ahora minoritaria. Nos parece apropiado a continuación, el cuadro comparativo realizado por la Dra. Medina Graciela.¹⁴⁵

TESIS NEGATIVA	TESIS POSITIVA
<ol style="list-style-type: none"> 1. El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar. 2. El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente. 2. El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido.

<p>sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor.</p> <p>3. La falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad.</p> <p>4. La aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios.</p> <p>5. Existe específica regulación del derecho de familia.</p>	<p>3. No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido.</p> <p>4. La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años.</p> <p>5. La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del derecho.</p>
---	--

5.- Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

En el primer precedente jurisprudencial dictado en el país (Juzgado de 1ª instancia Civil y Comercial N° 9 de San Isidro, 25-3- 88), la defensa del padre no reconociente consistió en afirmar que su parte no había violado ningún deber jurídico y que, por lo tanto, no estaba obligado a reparar.

Estos argumentos no son validos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo.¹⁴⁶

La obligación de indemnizar el daño causado por la omisión del reconocimiento del hijo extramatrimonial se basa en la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, la antijuricidad, el daño material y casi exclusivamente el daño moral, el factor de atribución (dolo o culpa) y la relación de causalidad entre la abstención y el perjuicio.

a) **El daño**, la existencia del daño es indiscutible con los perfiles predominantes de un daño moral porque la falta de determinación del estado de hijo lo perturba en el goce de los derechos que dependen de esa determinación y de que tenga a su favor el correspondiente título, incluyendo el uso del apellido.

Estos derechos anteriormente mencionados, son reconocidos por la Constitución Nacional que el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por la ley 23. 054 y la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por la ley 23.849, incluido en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, han venido a subrayar mediante la mención expreso del derecho humano al respeto de la dignidad personal, a la protección de la integridad moral, a la identidad, al nombre, el que figura también en el art. 18 del Pacto y en el art. 1 de la ley 18.248. “es daño moral objetivo y subjetivo por la persona, de hecho e injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufre en su interioridad esta circunstancia y es un daño moral directo porque lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial, característica que según Zannoni es propia de la lesión de los derechos de la

personalidad.¹⁴⁷ Aquí junto a la vida, la intimidad, el honor, la propia imagen, está la situación jurídica que se ocupa por razón de la filiación y el nombre que de ella deriva.

Entendemos que el daño moral se puntualiza por cualquier lesión o ataque a este derecho, el estado civil es susceptible de sufrir un daño moral y que, en el caso como en otros agravios morales la protección personal que se procura por medio de la ley penal no agota la tutela jurídica, obteniéndose también esta al declararse procedente la indemnización en tales hipótesis de hechos ilícitos meramente civiles, como ser si se niega maliciosa o culpablemente el estado civil de una persona obligándola a iniciar las correspondientes acciones de reclamación de estado para obtener el reconocimiento del carácter de hijo.

También podría hablarse de la existencia de daño material, dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse, se producirán por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como por ejemplo, en el caso de quién lo reconoce fuera un progenitor de una buena posición económica y el no reconociente un humilde que, aun de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado, por aquello de que los alimentos se fijan de acuerdo a las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.¹⁴⁸

b) **Dolo o Culpa:** la omisión del reconocimiento puede ser dolosa o culposa pues, solamente será debida a la atención del progenitor remiso sino que puede ser también resultado de su actitud negligente.

c) **Relación de causalidad:** el daño causado deriva de la falta de reconocimiento y, asimismo, de la conducta del demandado que no contribuyo a despejar las dudas que razonablemente puede albergar acerca de la filiación que pretende oponérsele. Es decir, el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito.

d) **Antijuricidad:** “Indiscutiblemente, el requisito de la responsabilidad civil resulta más difícil de justificar es el de la antijuricidad, si se estima que solo se configura cuando el comportamiento positivo u omisivo infringe una prohibición legal expresa, es decir cuando la antijuricidad se concibe como “ilegalidad” o “antijuricidad formal”. Entonces desaparecería la ilicitud de la omisión de la ilicitud del progenitor porque la ley contempla su derecho a reconocer a su hijo pero no expresa textualmente que tenga el deber jurídico de hacerlo.

Pero la antijuricidad de la omisión aparece claramente si al lado de las prohibiciones expresas en cuya violación consiste, se comprende que idéntica consecuencia deriva de la violación de prohibiciones implícitas, deducidas de los principios éticos, de convivencia, políticos, económicos, que sustentan la justicia en las relaciones humanas y la existencia ordenada y pacífica de la comunidad. Es decir, si se acepta la concepción de la antijuricidad material, corriente “definitivamente impuesta en el derecho actual”¹⁴⁹

Llambías enseña que cuando la desaprobación legal surge limpiamente del ordenamiento jurídico, apreciado en su plenitud, es indudable que el acto es ilícito aunque falte un texto expícito que prohíba su realización.¹⁵⁰

“A su vez, el comportamiento ilícito puede consistir en una acción o en una omisión. No cabe apelar aquí a que la responsabilidad por el daño causado en virtud de una omisión solamente procede cuando una disposición de la ley impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074). Dado que lo prohibido por la ley no es solo lo explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el derecho, igualmente debe concluirse que hay necesidad de obrar toda vez que la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato expreso del legislador de obrar, o por la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por el abuso de la libertad de abstenerse en que él incurra. Expresa Moset Iturraspe “la antijuricidad de la omisión deviene, claro está, de la trasgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe”.

La omisión puede ser antijurídica por ilicitud –con el sentido reseñado- pero puede serlo además, por ser abusiva. En el abuso del derecho se encuentra el gran venero de omisiones antijurídicas.¹⁵¹

Es normal que la ley prescriba la realización de ciertos actos sancionando al que incurre en su omisión las causales de indignidad sucesoria ofrecen ejemplos significativos. (arts. 3293 y 3295). Pues bien, la abstención del reconocimiento voluntario es sancionada doblemente por la ley, con la indignidad para suceder al hijo a pesar de que se lo reconozca después de haber alcanzado la mayoría de edad, por no

haberlo hecho en la época en que, por su minoridad, mayormente necesitaba asistencia y apoyo (art. 3296 bis) y con la privación del usufructo de sus bienes. (art 287) Además la ley admite el reconocimiento del padre o madre extramatrimonial con la finalidad de facilitar y simplificar la determinación de la filiación del hijo y de dar cause jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético. Abstenerse del reconocimiento implica contradecir esos fines y obrar contra la moral y las buenas costumbres (art. 1071). Constituye, por lo tanto un supuesto de acto abusivo, esto es un caso de acto ilícito.

Apelar a la voluntariedad del reconocimiento no desplaza las precedentes razones, porque ello no implica que el hijo carezca del derecho a ser reconocido por su progenitor para el cual se encuentra dotado de la acción pertinente.¹⁵²

A mayor abundamiento, ha de tenerse presente que la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, de rango constitucional desde la reforma de 1994, establece que el menor tiene derecho, en la medida de lo posible a conocer a sus padres, y a la protección estatal de su derecho a preservar su identidad, incluido el nombre y las relaciones familiares. (art. 7 inc. 1 y art. 8 inc. 1 y 2).

Por fin, corresponde aplicar la genérica obligación de resarcir impuesta por el artículo 1109 del Código Civil.

6.- Las eximentes de la Responsabilidad.

El progenitor se eximirá de responsabilidad acreditando la falta de culpa, la de un tercero o el caso fortuito o la fuerza mayor.

La falta de culpa, en general, se producirá cuando se ignore la paternidad, o en el caso fortuito, cuando se encuentre imposibilitado de reconocer por razón de la distancia, aunque los avances en materia de comunicaciones hacen difícilmente producible tal hipótesis, que de todas formas puede darse en lugares enfrentados en un conflicto bélico.

Respecto a la oposición paterna para que un menor de edad reconozca un hijo extramatrimonial, creemos no es una eximente de responsabilidad, porque el menor está facultado para reconocer a partir de los 16 años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 286 del Código Civil.

7.- Responsabilidad de la Madre por no Iniciar las Acciones Judiciales tendientes a la determinación de la paternidad.

Nos preguntamos si existe alguna responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones tendientes a la determinación de la paternidad

Podría decirse que la madre, como representante del menor, es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que, de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer. Pero creemos que el factor de atribución es la culpa del padre, no la demora de la madre.

Estimamos que tratándose de una acción imprescriptible, al niño no se lo priva de un derecho si no se acciona, y que el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo.

Además, múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como por ejemplo, la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa de reconocimiento espontáneo, etc.¹⁵³

8.- Legitimados para Reclamar.

8.a.- Legitimación del hijo.

La experiencia jurisprudencial indica que la mayoría de las veces es la madre en representación del hijo quién acciona persiguiendo el reconocimiento de éste, por la reparación del daño infringido al descendiente.

La cuestión reside en determinar en que casos tienen, tanto madre como hijo, aptitud para reclamar la indemnización y con respecto a qué clase de daños.

Para empezar, es necesario recalcar que está legitimado promover una acción indemnizatoria quien sufre un daño, entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo.

Reza el artículo 1068 del Código Civil que “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

Mientras que el artículo 1079 establece que; “La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.

En el caso de los hijos menores de edad o incapaces, no cabe ninguna duda de que el hijo se encuentra legitimado para actuar, porque es él quién sufre el daño. El hijo es el damnificado directo y por lo tanto, pasible de daño moral y material.

Es él quien puede exigir tanto el reconocimiento como la reparación del daño que sufrió a causa de la omisión paterna o materna.

Su legitimación es indudable para reclamar, pues el interés jurídicamente protegido es el emplazamiento en el estado de hijo.

En caso de ser menor, actúa representado por su madre, con intervención necesaria del Ministerio de Menores, y si fuera incapaz lo hará representado por su tutor.

La mayoría de la jurisprudencia esta de acuerdo en admitir que el hijo tiene legitimación siendo menor y que debe ser representado por su madre.. Pero hay quienes como el Dr. Pettegiani que en opinión a un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires¹⁵⁴, expresa que la acción que se le otorga al hijo para accionar por daños y perjuicios es personalísimo, porque el acto de dirigirse contra el progenitor formulándole un reclamo patrimonial por su conducta, supuestamente antifuncional, reviste también dicho carácter y por tanto, no puede ser ejercido por un representante sino únicamente por el propio interesado.

Aun cuando se considerara que la acción del hijo para accionar por daños y perjuicios es personalísima, estimamos que puede ser ejercida por intermedio de representantes, porque entendemos que el consentimiento para la disposición de los derechos de la personalidad por intermedio de representantes es admitido cuando no sea contrario a la moral y las buenas costumbres o la ley.

Como la reclamación del perjuicio sufrido no constituye un acto inmoral ni contrario a la ley o a las buenas costumbres, nos parece indiscutible que la madre puede accionar en representación de su hijo.

Por otra parte, producido el daño, la reparación debe ser realizada lo más prontamente posible para no agravarlo. Piénsese en el daño psicológico producido al menor, carece de sentido esperar hasta la mayoría de edad para solicitar su reparación, y, si la madre no puede demandar en representación del hijo, tendrá ésta que pagar el tratamiento para evitar que el daño se agrave.

En cuanto al hijo mayor de edad, este también se encuentra legitimado para reclamar el daño, pues es el titular del bien jurídico protegido.

Con referencia a los hijos sin discernimiento, en nuestro país se han sostenido dos tesis:

8.a.1.- Tesis Negativa.

Sus sostenedores entienden que las personas sin discernimiento carecen de legitimación para reclamar el daño moral porque sostienen que no pueden sentir dolor ni aflicción y, por lo tanto, consideran que no se debe reparar el dolor de quien no puede sentirlo.

8.a.2.- Tesis Positiva.

Sus partidarios parten de poner de relevancia que el incapaz es titular de derechos o intereses extrapatrimoniales y que la violación de ese interés debe ser reparada.

Zannoni explica que “la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces”¹⁵⁵.

Por su parte, Pizarro aclara que “La falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizar, mas no hacen a su esencia.

“El disvalor subjetivo que se produce en la persona está mas allá de lo que se siente, se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantando su incolumidad y cercenando, frecuentemente, sus posibilidades intelectuales”¹⁵⁶

Aclara Mosset Iturraspe que, “el sufrimiento físico y psíquico acompaña a todas las personas, aun a los niños de corta edad y a los ancianos que padecen de “reblandecimiento cerebral”, aun a los privados de razón en forma permanente o transitoria. Así como se afirma que mantienen la suitas o mismidad –que son ellos pese a todo- que sus derechos son propios y reflejan de algún modo su personalidad.”¹⁵⁷

La jurisprudencia seguido la tesis amplia y ha admitido la legitimidad para reclamar el daño moral aun en supuestos de menores de muy corta edad. La Cámara de Apelaciones de Junín revocó un fallo de primera instancia que denegó la legitimación para accionar de un menor de muy corta edad (aproximadamente de 3 años). En este precedente se sostuvo que le daño moral futuro y cierto se presumía a partir del desconocimiento del padre, la negativa a someterse a las pruebas biológicas y la falta del apellido paterno.¹⁵⁸

8.b.- Legitimación de la Madre.

8.b.1.- Como legitimada indirecta para reclamar el daño moral.

En nuestro derecho y por imperio del artículo 1079, se admite la reparación a quien padeció por reflejo el perjuicio sufrido por el damnificado directo, pero cuando el daño implicado es el daño moral, el artículo 1078 dispone que "...La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"

Es decir que la posibilidad de que la madre accione por daño moral está expresamente vedada por la ley.

El hijo que reclama su filiación está legitimado para reclamar por el daño moral que la abstención de su progenitor le ha causado. Pero no es ésta la situación de la madre, de cuyos pesares no se duda, pero que resulta ubicada como damnificada indirecta.

Si bien, como lo comentáramos precedentemente, nuestro derecho no permite reclamar daño moral al damnificado indirecto cuando la víctima del daño directo no muere, cabe traer a colación que en los últimos tiempos se viene produciendo una revisión de esta idea aparentemente hermética, justamente por su simpleza. Es que se advierte que la presunción de una persona lesionada es una fuente de lesiones para terceros.

8.b.2.- Como heredera para reclamar el daño moral sufrido por el hijo.

La cuestión radica en determinar si la madre puede continuar con las acciones por daño moral intentadas por el hijo en su carácter de heredera forzosa; consideramos que la “intransmisibilidad del daño moral es relativa ya que el heredero puede continuar la acción intentada por la víctima: es decir que la muerte del damnificado directo no extingue la acción de daño moral cuando éste la hubiese iniciado en vida, pudiendo en consecuencia proseguirla el heredero”.¹⁵⁹

9.- Jurisprudencia.

9.1.- La madre reclama en representación de la hija paterna y la indemnización por daño moral. El padre se allano a la pretensión filiatoria condicionado a que la prueba biológica diera positiva, rechazó el pedido de la indemnización por entender que no había causado ningún daño moral e hizo hincapié en el tiempo que demoró la madre en reclamar en nombre de su hija de casi dieciséis años.

El tribunal consideró que el demandado no podía ser eximido del pago del daño moral por el hecho de haberse allanado a la demanda condicionado al resultado de la prueba biológica, ya que él había reconocido los encuentros íntimos mantenidos con la madre de la actora y el conocimiento del estado de gravidez en que se encontraba aquella, y, no habiendo alegado que la mujer tuviera otros compañeros sexuales, fácilmente podía advertir que la actora era su hija y debió haber reconocido espontáneamente a la criatura .

Por otra parte, se considero que si bien es cierto que la madre pudo haber ahorrado a la hija parte de su sufrimiento con una denuncia deducida más tempranamente, no lo es menos que la madre si reconoció a la hija en su momento,

cumpliendo con su deber de progenitora y que su conducta no ha sido objeto de este litigio.

“En cuanto al daño moral, éste se tubo por acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio, el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. Tanto más, debe pensarse, en un caso como el que nos ocupa, en el que la menor accionante tiene ya 19 años, vale decir, que se encuentra en una etapa, como la adolescencia, que se caracteriza por la extrema susceptibilidad, sensibilidad enmarcada en el plano de los pensamientos, necesidad de reconocimiento y de afecto, cuestionamiento de la propia personalidad e inseguridad en todos los campos, a punto de sentir desprotección, desvalimiento aun cuando no es real, y tanto más cuando si hay razón para sentirlo de tal modo”¹⁶⁰

9.2.- El demandado en una acción de filiación se negó a la realización de las pruebas genéticas tendientes a la demostración de su paternidad sin aducir motivo valedero alguno; por tal motivo, fue condenado en primera instancia en la acción de filiación contra él intentada, pero el fallo del primer tribunal no hizo lugar al reclamo de la menor en orden a los daños y perjuicios, por entender que no se había demostrado el perjuicio moral sufrido por el menor de muy corta edad (aproximadamente tres años).

La Cámara de Junín, con voto del doctor Venini, revocó la sentencia, acogiendo la demanda de reclamo de indemnización del daño moral y condenó a pagar una indemnización de \$ 15.000 porque “el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral futuro en el niño, ya que la historiográfica de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente.”¹⁶¹

9.3.- Una pareja vivió en concubinato desde antes de la concepción. Nacido el hijo, el progenitor acompañó a la madre durante el parto y se comportó frente a los médicos como el padre, no obstante ello, se negó a su reconocimiento. Por lo cual, la madre, en representación de la menor, accionó reclamando el reconocimiento, el daño moral y el material. El demandado se negó a someterse a las pruebas genéticas, estas fueron practicadas en sus hermanos e indicaron una posibilidad del 95, 8% que el requerido fuera el padre del menor. En primera instancia se hizo lugar a la demanda de filiación pero se rechazó la de indemnización de los daños morales y materiales.

La sala F de la Cámara Nacional Civil de la Capital hizo lugar al reclamo del daño moral y rechazó el material por falta de prueba.

Es importante señalar que en la sentencia de segunda instancia se dijo que en la falta de reconocimiento voluntario la reparación del daño moral “se impone” sin exigir prueba directa de su existencia. El voto del doctor Bossert precisó que el daño moral provenía de no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en las relaciones familiares.

En cambio, rechazó la existencia del daño material por no haberse alegado en qué consistía ni haberse establecido su cuantía.

En el caso, entendemos que la madre estaba legitimada para reclamar el daño material porque seguramente debió afrontar sola los gastos que debieron ser compartidos por ambos progenitores.¹⁶²

10.-De la Prueba del Daño.

Cualquier medio de prueba es admisible para acreditar los daños materiales y morales en unos pocos precedentes jurisprudenciales seguidamente citados se recurrió a la pericial psicológica para demostrar el daño moral y que en los restantes, en general, se ha considerado probado el daño por presunciones.

Cabe aclarar que las presunciones no pueden ser consideradas como un verdadero medio de prueba sino como una forma de razonamiento del legislador o del juez, por el cual partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho que es el presupuesto fáctico de una norma atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos.

Si bien las presunciones no son un verdadero medio de prueba, tiene efectos probatorios, y por ello, pueden ser consideradas como método para probar, ya que son válidas para dar por probado un hecho afirmado por las partes.

De acuerdo a lo antes dicho, en el método presuncional es necesario que existan tres elementos:

- 1) Un hecho básico probado.
- 2) Un hecho presumido.
- 3) Un nexo lógico.

En este caso probada la falta de reconocimiento se puede presumir el daño.

11.-Jurisprudencia sistematizada.

11.1.- El daño moral no requiere prueba para acreditar su procedencia es suficiente y queda demostrado con la verificación de la titularidad del derecho lesionado y la omisión jurídica que ha causado la afectación dañosa. Hay desmedro en las afecciones legítimas en la hija que, hasta la sentencia, estuvo privada del uso del apellido paterno y de haber sido considerada hija del progenitor. La falta de malicia o culpabilidad evidente carece de incidencia respecto del daño moral.¹⁶³

11.2.- El reconocimiento y resarcimiento del daño moral están puestos al arbitrio del juzgador. Basta la certeza de que ha existido, sin más precisiones. No requiere prueba específica: ha de tenerse demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y es responsable del hecho dañoso quien tiene la carga de acreditar la concurrencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de el daño moral.¹⁶⁴

11.3.- Debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho ilícito porque se trata de una prueba *in re ipsa*, que surge de los mismos hechos.¹⁶⁵

12.- De la Prescripción.

La acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años- conforme a lo dispuesto el artículo 4037 del código civil- , comenzando a correr dicho plazo de prescripción cuando se obtiene el emplazamiento de hijo.

Hay quienes señalan que la acción de reclamación del daño moral, precisamente por estar dirigida contra el otro progenitor, resulta una acción reservada al individuo dañado. Por ello, hace correr la prescripción a partir de la llegada del menor a los 21 años.¹⁶⁶

13.- Conclusión.

Pensamos que aquella persona que no fue reconocida y que para poder conocer su verdad biológica tuvo que realizar un juicio de filiación, indudablemente ha sufrido un daño moral y material.

Ese daño moral se puntualiza en la angustia, pena, dolor y sentimientos de desprotección que padeció el menor por tener una identidad a medias y por no poder identificar quien es su padre.

El daño material, surge de las carencias materiales que le produjo la falta de padre, en el supuesto que éste se encuentre en buena posición económica. Este daño puede o no producirse.

Entendemos que es necesario que el padre deba reparar el daño moral y material que ha ocasionado a su hijo con su conducta antijurídica que surge del no reconocimiento voluntario. Esto configura la violación al derecho a la identidad del hijo, a conocer su realidad biológica y a ser emplazado en la calidad de tal. Si bien la indemnización impuesta al padre servirá como un modo de reparación, no podrá borrar las marcas indelebles de la ausencia paterna.

REFLEXIONES FINALES.

Alguna vez se ha escrito que “los vegetales y los animales se reproducen, los seres humanos procrean”. No porque los vegetales y animales no contribuyan al plan del creador, sino que los hombres son los únicos que pueden hacerlo de modo libre y consciente.

El hombre tiene pleno conocimiento en cuanto a que su especie se multiplica por la cópula carnal de varón y mujer, con connotaciones importantes: la primera, que la determinación del sexo obedece primordialmente a ese fin, la segunda que la unión sexual responde a ciclos que favorecen, pero principalmente al dominio que el varón y la mujer ejercen en virtud de su misma humanidad, presidida potencialmente por su entender y su querer.

La llegada de un niño va más allá de ser un acontecimiento biológico y familiar, implica un nacimiento para el Estado, el nacimiento de una persona física, lo cual tiene consecuencias que se materializan en derechos y deberes. Es aquí donde un asunto natural empieza a ser objeto de legislación, con el fin de regular los alcances y límites del vínculo entre padres e hijos.

No se puede negar que el carácter particular de la norma, en tanto respuestas a las necesidades del vínculo social y como producto de la mentalidad dominante, está sujeta a cambios por fenómenos sociales, culturales y políticos entre otros. Ya no es la misma la situación de la mujer, de los hijos sin reconocimiento paterno como lo era en la anterior legislación. Actualmente los hijos sin distinción de origen tienen los mismos derechos.

En todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado, sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona. Siendo así no puede ampararse desde la justicia, conductas procesales que impidan la concreción de derechos fundamentales de la persona, como lo es conocer su origen biológico. Frente al requerimiento de la prueba biológica, si el demandado asume una actitud renuente, hace pesar sobre la contraria todo el rigor de la carga probatoria, por lo que:

La conducta asumida por las partes durante la tramitación del pleito, es un elemento importante a tener en cuenta para emitir la decisión final. A nuestro entender la negativa a someterse a la prueba biológica ni siquiera debería considerarse una presunción fuerte en contra del renuente, en razón de que actualmente, con la prueba de ADN, se puede obtener con certeza absoluta la herencia genética, superando las dudas que presentaban las técnicas anteriores. El sistema de indicios o presunciones debería dejarse de lado, al poder contar con una prueba tan certera y concluyente como lo es al ADN. Sostenemos que nunca un reconocimiento ficto, como el que se obtiene por la inconducta del demandado, importan ética y psicológicamente lo mismo para la persona que busca su identidad, como el que se lograría mediante la constatación fehaciente de las pruebas biológicas.

Lo que permite inferir que la negativa del demandado no es más que una conducta abusiva tendiente a echar por tierra unos de los más elementales derechos de su hijo, como lo es la identidad. Pensamos que una forma de no avalar esta conducta obstruccionista, es ordenando la realización de la prueba biológica compulsivamente.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, consultada para desarrollar este trabajo, sostiene el criterio en donde se requiere que la negativa del

demandado sea complementado con otras pruebas para que el juez pueda determinar la paternidad en un proceso de filiación. Esta mayoría nos permite afirmar nuestra hipótesis pero no de una manera absoluta, ya que a lo largo del trabajo se nos ha planteado el interrogante de ¿qué ocurriría si el único medio de prueba con el que se cuenta es con la prueba biológica? ¿La persona que busca su identidad quedaría con una incertidumbre para toda su vida acerca de su origen biológico? ¿Quedaría aniquilado su derecho de saber quién es?

Pensamos que en estos casos, en donde quién busca su verdad biológica podría ser fruto de una relación ocasional o de relaciones extramatrimoniales, buscar otros medios de prueba que complementen a la prueba biológica sería sumamente dificultoso, en donde la mayoría de las veces en este tipo de relaciones se ocultan porque uno o ambos miembros de la pareja tienen familias paralelas y pretenden no ser descubiertos.

Razonamos que en estos casos, los jueces deberían profundizar el análisis para detectar que la negativa fundada en argumentos como el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad, el derecho de no autoincriminación y más aún cuando la prueba biológica es el único medio con que se cuenta, se trata de argumentos que implican la utilización de normas jurídicas cuyo fundamento es bien distinto del que ellos persiguen. Deteniéndonos en el argumento de autoincriminación, entendemos que la pericia no la constituye, ya que esta prohibición solo rige en el ámbito penal, dado que de lo contrario, tampoco se podría ordenar la pericial caligráfica. Además, con la pericial no se le pide que se declare culpable, sino sólo que colabore con la justicia

Los tribunales no pueden admitir las objeciones opuestas cuando es claro que se busca evadir compromisos y deberes legales, máxime si se toma en cuenta que el

procedimiento para la obtención de la muestra es sumamente simple y para nada traumático.

En cuanto a la prevalencia de los dos derechos que se enfrentan, el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad, entendemos que el derecho a la identidad debe primar sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente por quien se niega a realizarse estas pruebas, contrariando los deberes de colaboración o cooperación vigentes en el proceso civil.

De ningún modo se transgrede la constitución por haber hecho prevalecer el juez otro derecho personalísimo que estimó en el caso más valioso y de insoslayable aplicación. En definitiva lo que aquí cumple un papel decisivo es la idea de proporcionalidad del sacrificio y será este criterio el que llevará al magistrado-habida cuenta la mínima molestia que, en el peor de los casos, podría implicar la efectivización de la pericia- a optar por la concreción de la mentada prueba; ello para que la identidad reclamada no quede destruida de por vida y se impida la necesaria reconstrucción de la verdad.¹⁶⁷

El derecho de una persona a conocer su verdad biológica reviste mayor importancia que el derecho a la intimidad e integridad física de quien se dice afectado por la realización de la pericial biológica, por lo que no debe admitirse que el renuente fundamente su negativa en una supuesta vulneración de garantías constitucionales, puesto que no existe proporción entre el sacrificio que significa la extracción de una muestra sanguínea y la privación de acceso a una identidad completa materna y paterna.

Dada la seguridad que ofrecen las pruebas biológicas actualmente, se ha ido construyendo por vía jurisprudencial la presunción del acierto de la posición contraria a

la de aquel que en el juicio se niega a someterse a la pericia. Es que cuando se está discutiendo el estado de familia de una persona, no existen razones que puedan justificar la negativa a realizarse las pruebas biológicas más que el temor a dejar en evidencia la justicia del reclamo de la parte contraria. Entendemos necesario que el único camino para acceder a la verdad objetiva y terminar con la incertidumbre es exigir la realización de la prueba.

Si bien nos orientamos a considerar que los jueces están facultados para ordenar las pruebas genéticas, éstas no se deben practicar de modo automático en todos los casos, sino que se debe aplicar un criterio selectivo y de razonabilidad. Importará la descripción precisa y verosimilitud de los hechos que puedan acarrear a esa filiación pretensa. Frente a esta orden de realizarse la pericial biológica, el demandado puede tomar una conducta omisiva a la que generalmente se la considera un indicio, postura que no compartimos.

En consecuencia dentro de los límites indicados, no hay motivo para sacrificar tan valiosos y precisos elementos de reconstrucción de la verdad.

Si se accede a un emplazamiento filial fundado en un complejo probatorio formado por el indicio o presunción en contra y otras pruebas, seguirá vigente durante toda la vida de la persona un margen de duda sobre la existencia o no de un vínculo biológico.

Por lo expuesto consideramos acertada la posibilidad de que el juez ante la negativa del demandado ordene compulsivamente la extracción de sangre para la realización de la prueba biológica.

La extracción de sangre hay veces que puede ser compulsiva sin mediar acción judicial, como por ejemplo, las efectuadas en el examen preocupacional, prematrimonial, a las que rara vez alguien ha interpuesto su negativa fundándose en el derecho a la integridad física o al derecho a la intimidad. Otras extracciones de sangre son voluntarias, como la donación de sangre, exámenes o controles médicos. Esto demuestra que la extracción en sí no produce deterioro físico ni psíquico como para interpretarlo como objetable. Además, actualmente ya ni siquiera es necesaria la punción venosa, sino que se obtienen los mismos resultados mediante un simple hisopado bucal, método no invasivo, indoloro y para nada traumático.

En virtud de ello el juez podría ordenar la realización compulsiva de la prueba biológica siempre a los fines de velar por el supremo interés del niño.

Sostenemos que en todo proceso debe primar la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento a través de ritualismos puramente formales que sólo conducen a la frustración de un adecuado servicio de justicia que resulta garantizado por nuestra ley fundamental.

El Estado Argentino se comprometió internacionalmente con la firma de tratados y/o Convenciones (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre Derechos Humanos) a investigar toda situación en la que se hayan violado derechos humanos protegidos por estos Pactos y ese deber subsiste mientras exista respecto de un menor una media “identidad biológica” o “filiación incompleta”, es decir sólo filiación materna, pues de esa forma se alentaría jurisdiccionalmente a no reconocer hijos, privando a los menores a una derecho fundamental cual es la de su identidad biológica o a reconocer hijos con un margen de duda razonable sobre la paternidad y de esa forma- en caso de resultar de no ser el padre -coadyuvar a cometer supresión de

estado civil y falsificación de instrumento público, ubicando a la menor como víctima de los ilícitos penales descritos -arts.139 y 192 Código Penal-.¹⁶⁸

Toda persona para poder desarrollarse como tal, debe conocer sus orígenes de forma veraz y sin resquicio de duda. La duda supone en todo individuo un hueco, un vacío que quizás no le alcance la vida para llenarlo.

El normal desarrollo psicofísico de toda persona exige que no se trabe la obtención a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que todo sujeto anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vidas elegidos desde la libertad. Pues ésta es -finalmente-, la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido.

Es importante mencionar la responsabilidad que le corresponde al padre en virtud de la conducta asumida frente al reclamo de su hijo. Seguramente, aquella persona que no fue reconocida voluntariamente por su padre, ha padecido en su vida imborrables momentos de dolor, angustia y sufrimiento, por no haber podido identificar a quién, por su conducta obstruccionista, caprichosa e inmoral le impedía crecer con una identidad plena. Es por ello que consideramos pertinente que el padre deba responder por el daño moral y material que le ha ocasionado a su hijo, más allá de que la indemnización impuesta no alcance ni pueda revertir aquel padecimiento.

La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero si se dice, permite al sujeto reconstruirse, humanizarse y desarrollarse en una vida plena sin interrogantes respecto de su origen biológico.

Mas allá de lo legal, de lo jurídico, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es la persona, quién crece privado de uno de los derechos más importante para todo ser humano, conocer su origen y ser uno mismo.

Pensamos que una futura legislación debería contener, en forma expresa la obligatoriedad a someterse a las pruebas biológicas a las partes intervinientes en un juicio de filiación, de esta manera se llegaría a la verdad real, la que nunca debe dejarse de lado.

- ¹ Puig Peña, Tratado de dercho civil español, t. II, vol. II Pág. 3 en Mizrahi, Mauricio Luis, Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Astrea, Buenos Aires 2006, Pág. 3.
- ² Diez-Picazo-Gullon. Sistema de Derecho Civil, vol.IV, Pág. 311 en Mizrahi, Mauricio, Identidad ...op. cit. Pág. 2
- ³ Di Lella, Paternidad y pruebas biológicas, Pág. 7 en Mizrahi, Mauricio, Identidad...op. cit. Pág. 2
- ⁴ González Del Solar, José H. Derecho de la minoridad, Pág. 88 Editorial Mediterránea, Córdoba 2005
- ⁵ Dutto, Ricardo J. Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia. Juris 1ª ed , Rosario 2005, Pág. 39 y sgtes.
- ⁶ González Del Solar, José H. Derecho de la minoridad, Mediterránea, Córdoba 2005 Pág. 86 y 87.
- ⁷ Méndez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2001, Pág. 16.
- ⁸ Dutto, Ricardo J. Manual doctrinal... op. cit. Pág. 322.
- ⁹ Bossert Gustavo A. - Zannoni Eduardo A. , Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Ley 23.264. Astrea. 3ª ed. Buenos Aires 1992, Pág. 6
- ¹⁰ Mizrahi, Mauricio, Identidad... op cit. Pág.12 y 13.
- ¹¹ Mizrahi, Mauricio, Identidad...op cit. Pág.14, 15 y 16.
- ¹² CNCiv., Sala M, julio 22-1991.del Dictamen del Asesor de Menores DJ, 1992-I-266; JA 1993-I-17
- ¹³ González Del Solar, José H. Derecho...op. cit. Pág. 88.
- ¹⁴ Ricardo J. Dutto. Manual doctrinal... op. cit. Pág.329 y 329.
- ¹⁵ Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación-comentario analítico de la ley 23264.D.,Buenos Aires 1986 Pág. 5.
- ¹⁶ González Del Solar, José H. Derecho... op. cit., Pág. 90 y 91.
- ¹⁷ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, Régimen... op. cit. Pág. 10
- ¹⁸ Ricardo J. Dutto. Manual doctrinal... op. cit. Pág.330.
- ¹⁹ CC San Nicolás, marzo 31-1992; LL, 1992-D-283.
- ²⁰ TCF N° 4, Rosario, marzo 1-1994 R, L c/ Herederos de A.V. s/ filiación. Inédito.
- ²¹ Cám. Nac. Civ., sala A,28-2-94; LL 1995-B-261
- ²² Cám. Nac. Civ., Sala D, 2-4-96, D. J fallo N° 12.203
- ²³ Bidart Campos, Germán. La reforma constitucional de 1994. Ediar Buenos Aires 1995, en Dutto, Ricardo J. Manual doctrinal...op. cit. Pág.354 y sgts.
- ²⁴ Gonzalez del Solar, Derecho op. cit. Pág 89 y 90.
- ²⁵ Bellucio, Manual op. cit. Pág 293
- ²⁶ Bossert- Zannoni. Regimen... op. cit. Pág. 101.
- ²⁷ Ibídem Pág. 101 y 102
- ²⁸ Chieri- Zannoni, Prueba del ADN, Astrea Buenos Aires 2001 pág 10.
- ²⁹ Beroglia, Maria Teresa y Grosso Rodolfo. La paternidad extramatrimonial disponible en Internet. www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar
- ³⁰ Bossert -Zannoni op. cit., Pág. 98 y sgts.
- ³¹ Ibídem., Pág. 99.
- ³² Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Familia, 5º Edic., Bs.As., Perrot, 1973, Tomo 11, N° 732.
- ³³ Grossman, Cecilia, Acción de Impugnación de la paternidad del Marido, Bs. As., Abaco, 1982, pág. 170.
- ³⁴ Bossert - Zannoni, op. cit., Pág. 101.
- ³⁵ . Bergoglio de Brouwer de Koning, M.T., Trasplante de Organos entre personas, Hammurabi, Bs. As., 1983, Pág. 28
- ³⁶ Bergoglio de Brouwer de Koning, M.T., op. cit. Pág 33 y sgts.
- ³⁷ Bossert, Zannoni,; la literatura jurídica sobre el tema por lo general se remite citando, entre otros, a: Calarota, Eugenio A., Determinación de la Paternidad por el sistema HLA o Complejo mayor de histocompatibilidad, L.L., 1985, A-472; Verruno, Luis - Hass, Emilio J.C., Manual para la investigación de la filiación, Abeledo Perrot, Bs. As., 1985; Lloveras, Nora, Patria Potestad y Filiación, Depalma, Bs. As., 1986.
- ³⁸ Méndez Costa María Josefa, D'Antonio Daniel Hugo, Derecho.... op. cit., Pág. 91.
- ³⁹ Chieri- Zannoni, Prueba op. cit. pág 4 y 5
- ⁴⁰ Ibídem Pág. 26.
- ⁴¹ Ibídem Pág. 56 y 64. El HLA Los Jueces, Los abogados y la ciencia, LL, 19909-A-794
- ⁴² Chieri- Zannoni, Prueba...ob.cit. Pág. 66.
- ⁴³ Di Lella. Paternidad... op. cit. Pág 28 y 29 en Mizrahi, op. cit. Pág. 79
- ⁴⁴ Mizrahi, Mauricio Luis. Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Astrea, Buenos Aires 2003 Pág. 81, 82 y 83.
- ⁴⁵ CNCiv, Sala C,24- 4-91, LL, 1992-B- 464.
- ⁴⁶ Méndez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, Derecho .op. cit.Pág 120.
- ⁴⁷ Ibídem, Pág. 131 y 132.

- ⁴⁸ Moisset de Espanés, Luis. “Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, en J.A. 1974-24-270 en Méndez Costa, María Josefa y D’ Antonio, Daniel Hugo, Derecho...op.cit., Pág. 127.
- ⁴⁹ Belluscio, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. T II Astrea, Buenos Aires 7ª ed. Pág. 295.
- ⁵⁰ Lloveras, Nora patria potestad y filiación. Buenos Aires 1986 Pág. 90 en Méndez Costa, María Josefa y D’ Antonio, Daniel Hugo, Derecho... op. Cit. Pág. 128.
- ⁵¹ Grosman y Martinez Alcorta, La filiación Matrimonial. Su reforma según la ley 23.264 en Méndez Costa, María Josefa y D’ Antonio, Daniel Hugo, Derecho ...op.cit., Pág. 128..
- ⁵² Bossert y Zannoni, Manual de Derecho de Familia. Astrea 1985 Buenos Aires en Méndez Costa, María Josefa y D’ Antonio, Daniel Hugo, Derecho....op. cit., Pág. 128.
- ⁵³ *Ibidem*, Pág. 129.
- ⁵⁴ Cám. De Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com. 22-5-1990, Zeus, fallo 8128.
- ⁵⁵ Kemelmajer de Calucci, Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano, ED, 153-943.
- ⁵⁶ Di Lella, Paternidad y pruebas biológicas Pág. 67 en Mizrahi Derecho op. cit Pág. 158.
- ⁵⁷ CSJN, 30-9-2003, “Vázquez Ferrá, Evelin K: s/ incidente de apelación”, JA, 2003-IV- 436,
- ⁵⁸ CSJN, 30-9-2003, “Vázquez Ferrá, Evelin K: s/ incidente de apelación”, JA, 2003-IV- 436, pronunciamiento de la mayoría, consid. 8.
- ⁵⁹ CSJN, 30-9-2003, “Vázquez Ferrá, Evelin K: s/ incidente de apelación”, JA, 2003-IV- 436, voto del doctor Maqueda, consid.15 y 20.
- ⁶⁰ Cifuentes, El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido, LL 2001-C-759.
- ⁶¹ CSJN, 30-9-2003, “Vázquez Ferrá, Evelin K: s/ incidente de apelación”, JA, 2003-IV- 436, pronunciamiento de la mayoría, consid.11.
- ⁶² Voto Dr. Fayt C.S.J.N, nov 13-1990 en T.C.F. N° 5 Rosario (S.F) 00.05.04. Zeus. T 96 J 307.
- ⁶³ T.C.F N° 5, Rosario, 7-11-2001- Zeus T. 88-J-288.Dr. Dutto
- ⁶⁴ T.C.F N° 5, Rosario, 7-11-2001- Zeus T. 88-J-288. Dr. Dutto
- ⁶⁵ *Ibidem*
- ⁶⁶ Devis Echandia, Hernando (anotado y concordado por Alvarado Velloso, Adolfo): Compendio de la prueba Judicial T II. R.-C. Editores Santa Fe, 2001, Pág. 269.
- ⁶⁷ *Ibidem* Pág. 304.
- ⁶⁸ Couture, en Ferreyra de de la Rúa- González de la Vega Opl, Medios de Pruebas Ed. Advocatus 2003 Pág 182.
- ⁶⁹ Kemelmajer de Carlucci. Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano en Mizrahi derecho... op cit Pág 110.
- ⁷⁰ C. Civ. Com. M.del Plata, Sala II 30-12-99 en Falcón M. Enrique. Tratado de la Prueba. TII, Astrea, Buenos Aires 2003. Pág.469.
- ⁷¹ Ferreira de de la Rúa- González de la Vega de Opl. Medios de Prueba. Ed. Advocatus 2003 Pág 185-186.
- ⁷² Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe. Art 196
- ⁷³ Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba”A., E. Acción de reclamación de estado. Recurso directo” (“A” 11/ 99)
- ⁷⁴ Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, sala civil y comercial. 19/06/2006. LLC 2006, 806.
- ⁷⁵ Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Rios, Sala Civ. y Com.,29-4-94 Boletín 13-9-1995
- ⁷⁶ SCBA, noviembre, 8-2000. Ac.70.765
- ⁷⁷ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Rios, Sala II en lo Civil y Comercial 16-03-94. · D., R. R. c. A., J. P. · (Disidencia del Dr. Turano).
- ⁷⁸ Superior Tribunal de Justicia de la provincia Entre Rios, Sala II en lo Civil y Comercial 29-04-94 C., M. M. y otra.
- ⁷⁹ CNCiv., Sala I, Junio, 21-2001. DJ-2001-3-339. ED, 194-54.
- ⁸⁰ CCiv y Com. San Martín, Sala II, abril 27-2000. LLBA, 2001-583
- ⁸¹ C.Nac. Civil, sala M. 08-06-1993, voto de la mayoría con disidencia del doctor Gargajo .Doctrina Judicial1994-1-479.
- ⁸² Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy 10-09-1999· G., S. R. C. B., J.A.: LLNOA 200,1205.
- ⁸³ Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, Sala Civ. Y Com., mayo 4-2000. Nota a fallo: Negativa al análisis de ADN: ¿Único elemento para atribuir la paternidad? Gabriel Bredossian. LLC,2001-21.el autor coincide con la decisión del tribunal.
- ⁸⁴ CSJ Santa Fe”A., M. c. L., C.L.” LL, 1992-D,536.
- ⁸⁵ Cám. Nac. Civ., sala M. 08-06-1993, LL, 1994-A-77.
- ⁸⁶ CCC Rosario, Sala 4ª. Abril, 18-2001-Z-9-10-2001
- ⁸⁷ CCCCrím y Correc. Pergamino, noviembre 21-1996.LLBA, 1997-208.

- ⁸⁸ Méndez Costa, María Josefá y D' Antonio, Daniel Hugo, Derecho...op.cit., análisis sentencia N°27 TSJ Cba. Sala Civil y Comercial 24- 05-2000.
- ⁸⁹ Morello, Augusto: "Fuerza probatoria de la conducta procesal" LLCA 1993-710/711 y 713/714.
- ⁹⁰ Peyrano, Jorge: "Carga de la prueba- actualidad -dos nuevos conceptos: el de la imposición judicial y el de la sujeción procesal", en JA 1992 IV p 744 y " Doctrina de la carga probatorias dinámicas", en LL 1991- A- 103.
- ⁹¹ ST Santiago del Estero, sala Civ. y Com. 2005-10-17. "P., L. E. c. J., C. L." LLNOA 2006 (marzo) 2005.
- ⁹² SC. Buenos Aires, 07-07.1998. "S., A. M. c. A., N. M." Dr. Lazzari. LLBA 1998, 957.
- ⁹³ C 1º C y C- San Isidro Sala I, 13-9-98 LL 1998-E-563.
- ⁹⁴ Di Lella, Pedro, Paternidad y Pruebas Biológicas, Bs. As., Desalma, 1997, Pág. 62.
- ⁹⁵ Mizrahi, Mauricio Luis, Identidad.. op. cit. Pág. 183 y sgts.
- ⁹⁶ Bosch (H), Alejandro, La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas. LL, 2003-B- 1116.
- ⁹⁷ Jáuregui, Rodolfo Guillermo, Carga de la prueba y pericias hematológicas, LL-1999-D-668.
- ⁹⁸ Chieri - Zannoni, Prueba...op. cit. Pág. 194.
- ⁹⁹ Di Lella, Pedro. Paternidad y Pruebas Biológicas, Depalma, Buenos Aires 1997, Pág. 62.
- ¹⁰⁰ Bidart Campos, Germán, "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio", ED 150-524.
- ¹⁰¹ Niceto Acala Zamora y Castillo y Ricardo Levene. Derecho Procesal Penal. T. III Pág. 34 N°12. Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires 1945 en Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. LLBA 1998, 957-DJBA 155, 5630.
- ¹⁰² CN Crim Corr Federal, Sala II 15-08-02. LL, 2002-F-747.
- ¹⁰³ CSJN, 4- 12- 1995; JA, 1996-III-436..
- ¹⁰⁴ Juzg. Fed. SC de Bariloche, 13-09-1994, causa 1.727/94 ED, 161-223
- ¹⁰⁵ T.C.F. N° 5 Rosario (S.F) 00.05.04. Zeus. T 96 J 307.B. F. c/ D. P., R. s/ M. preparatorias.
- ¹⁰⁶ CSJN, 13-11-1990. "Recurso de queja por apelación denegada en la causa Muller, J s/ denuncia" ED, 141-268, pronunciamiento de la mayoría.
- ¹⁰⁷ Dr. Petrachi Enrique Santiago – Dr. Moline O'Connor Eduardo votos en "M.J.S. s/ denuncia "LL 1991-B- 470
- ¹⁰⁸ Voto Dr. Juan Carlos Maqueda- en disidencia parcial- en M.J.S. s/ denuncia "LL 1991-B- 470
- ¹⁰⁹ Del dictamen del Procurador General
- ¹¹⁰ Verruno, Luis- Hass Emilio J.C- Raimondi Eduardo H.- Lagaspe, Eduardo. Manual para la investigación de la filiación. Bs. As. Abeledo Perrot. 1996, Pág.104 en Mizrahi Derecho...op. cit. Pág. 138
- ¹¹¹ CSJN, " Muller, J. s/ denuncia", Fallos 313;1113, y Ed, 141-268, consid.22 en Mizrahi Derecho... op. cit. Pág 138
- ¹¹² Bosch (H), Alejandro F., La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas. LL 2003-B-116, pto. III, in fine en Mizrahi, Identidad...op. cit. 127 y sgts..
- ¹¹³ Verruno, Luis- Haas, Emilio J. C.- Raimondi, Eduardo H.- Lagaspe, Eduardo, Manual para la investigación de la filiación, Bs. As., Abeledo Perrot, 1996, Pág. 40.
- ¹¹⁴ *Ibidem*, Pág. 109.
- ¹¹⁵ Morello, Augusto Mario, "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso" JA, 1991-III-52.
- ¹¹⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.
- ¹¹⁷ Conf. C.2ª. de Apel. La Plata (sala I), junio24 de 1941, LL.23-130 en Mizhari. Identidad.. op.cit. Pág. 137 y sgts.
- ¹¹⁸ Mercader, Amílcar A., La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en le cuerpo humano, LL, 23-136, pto.12
- ¹¹⁹ Rivera, Julio César- Córdoba, Carlos Diego "Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes. ED 158 – 462.
- ¹²⁰ Bidart Campos. El derecho a la identidad en un juicio de filiación y una prueba sobre el cadáver del presunto padre. ED 158- 462
- ¹²¹ Chieri Primarosa –Zannoni Eduardo. Prueba del ADN. Editorial Astrea 2006 Pág. 200.
- ¹²² Cám. Nac. Civil Sala A28-02-1994. LL, 1995-A-378
- ¹²³ *Ibidem*.
- ¹²⁴ Morello, la Obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso en Mizrahi, Identidad ..op.cit. Pág. 142 y 143.
- ¹²⁵ Mercader, La jurisdicción y la prueba. Investigación en el cuerpo humano, LL,23-133 en Mizrahi, Identidad..op.cit., Pág. 143
- ¹²⁶ Código Civil de la República Argentina Art. 255
- ¹²⁷ Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia Tomo II. Pág. 373 y 374 Editorial Astrea. Bs. AS. 1989
- ¹²⁸ Cám.Nac. Civil, sala "M" 22-07-1991.

- ¹²⁹ T.C.F. N° 5 Rosario (S.F) 00.05.04. Zeus. T 96 J 307.B., F. c/ D. P., R. s/ M. preparatorias
- ¹³⁰ Fernández Sessarego Carlos, El Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires. 1992 Pág. 268.
- ¹³¹ Fernández Sessarego Carlos, El Derecho...op. cit. Pág. 269
- ¹³² Bellusio – Zannoni, Código Civil y leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado. T I, Ed Astrea Buenos Aires 1998 Pág.272.
- ¹³³ Mizrahi, Mauricio. Identidad... op. cit. Pág. 91
- ¹³⁴ C.S.J. de Santa fe, 19-9-91,LL.1992-D-536. Voto del Dr.Ulla.
- ¹³⁵ Bidart Campos,German Manual de Derecho Constitucional Argentino, Edigraf Buenos Aires 1986 Pág. 67.
- ¹³⁶ TSJ Córdoba, Sala Civ. Y Com., mayo 4-2000. Nota a fallo: Negativa al análisis de ADN: ¿Único elemento para atribuir la paternidad? Gabriel Bredossian. LLC,2001-21
- ¹³⁷ Bidart Campos, La negativa a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación.
- ¹³⁸ Medina, Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas, JA; 1995-IV-340 en Mizrahi, Identidad.. op. cit. Pág. 102 y 103.
- ¹³⁹ T.S.J de la provincia de Córdoba Sala Civil y Comercial 24/05/2000.
- ¹⁴⁰ “M.J.S. s/ denuncia “ Voto Dr. Petrachi LL 1991-B- 470
- ¹⁴¹ CSJN, 03-04-2001, LL, 2001-C-310, pronunciamiento de la mayoría.
- ¹⁴² CS Sanat Fe, 19-09-1991, LL 1992-D-536.
- ¹⁴³ Fernández Sessarego Carlos, El Derecho...op. cit. Pág. 269.
- ¹⁴⁴ Ibidem Pág. 270.
- ¹⁴⁵ Graciela Medina, Daño en el Derecho de Familia. Santa Fe Rubinzal- Culzoni 2002 Pág. 121
- ¹⁴⁶ Zannoni, Eduardo, Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo, LL 1990-A-1 en Graciela Medina, Daño en el Derecho de Familia. Santa Fe Rubinzal- Culzoni 2002 Pág. 122.
- ¹⁴⁷ Zannoni, El daño en la responsabilidad Civil, Astrea Buenos Aires 1987 Pág. 88.
- ¹⁴⁸ Graciela Medina, Daño... op. cit. Pág. 122 y 123
- ¹⁴⁹ Moset Iturraspe. Responsabilidad por daños. Bs. As.1971 T I Pág. 150 en Maria Josefa Mendez Costa – Daniel Hugo D’ Antonio, Derecho... op. cit. Pág.108.
- ¹⁵⁰ Llambias, Trattado de derecho Civil- Obligaciones, 2ª Edición Bs. As. 1973, T III N° 2208 en Maria Josefa Mendez Costa – Daniel Hugo D’ Antonio, Derecho...op. cit. Pág.109.
- ¹⁵¹ Moset Iturraspe, Responsabilidad.... op cit. Pág. 108.
- ¹⁵² Bossert. Voto en sentencia de Cám. Nac. Civil Sala F de 19 de octubre de 1989
- ¹⁵³ Medina Graciela, Daño... op. cit. Pág. 125
- ¹⁵⁴ SCJBA, 10-11-98, “D., M. R. c/ S., A. F.”, Ac.64.506. J.A. del 17-11-99; N°6168.
- ¹⁵⁵ Zannoni, El daño... en Medina, Graciela op. cit. Pág. 131.
- ¹⁵⁶ Pizarro, Daniel, Daño Moral causado a personas sin discernimiento, en J.A. 1996-III-7 en Medina Graciela, op. cit. Pág. 131.
- ¹⁵⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados directos, en J. A.1992-IV-559 en Medina Graciela, op. cit. Pág. 132.
- ¹⁵⁸ C.C.Com. de Junín 22-9-95, L.L. B.A.1996-374 en Medina Graciela, op. cit. Pág. 132.
- ¹⁵⁹ Perez Lasala, José Luis, Derecho de Sucesiones, Depalma, Buenos Aires, 1978, T I, Pág. 188.
- ¹⁶⁰ CNCiv., sala L, 23-12-94, fallo 46.397, E.D.62-247.
- ¹⁶¹ CCCom. De Junín, 22-9-95, LL BA 1996-374
- ¹⁶² CNCiv., Sala F 19-10-89. LL 1990-A-2
- ¹⁶³ Cám. Nac. Civ., Sala L, 23-12-94. LL 1995-E-10
- ¹⁶⁴ Cám. Apel. Civ. y Com de San Isidro, sala I 13-10-88, LL 1989-E-573
- ¹⁶⁵ Cám. Apel. Civ. y Com. De San Isidro, Sala I, 13-10.1988. LL 1989-E-573
- ¹⁶⁶ Voto Dr. Pettigiani en R.D.M en representación de I.D. c/ F.S.A. C.S. Bs As. en Graciela Medina Daño....op. cit. Pág. 146

Bibliografía.

a) Bibliografía General.

BELLUCIO, Augusto C. "Manual de Derecho de Familia." Tomo I, Astrea Buenos Aires 1989.

DUTTO, Ricardo J. Manual Doctrinal y Jurisprudencial de Familia Juris, Rosario, 2005.

MENDEZ COSTA, María Josefa- D'ANTONIO, Daniel Hugo."Derecho de familia" Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

ZANNONI, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia" Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1989.

b) Bibliografía Especial:

BIDART CAMPOS, Germán. "La Negativa a Someterse a las Pruebas Biológicas en el Juicio de Filiación" Ediar, Buenos Aires, 1997

BOSSERT, Gustavo- ZANNONI, Eduardo A. "Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Ley 23.264" Astrea, Buenos Aires, 1992.

CHIERI, PRIMAROSA Y ZANNONI, Eduardo A., "Prueba del ADN", Astrea, Buenos Aires 2001.

DI LELLA, Pedro. "Paternidad y Pruebas Biológicas" Depalma, Buenos Aires, 1997.

FERREIRA DE DE LA RUA- GONZALEZ DE LA VEGA DE OPL. "Medios de Prueba". Advocatus, Córdoba 2003.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "El Derecho a la Identidad Personal" Astrea, Buenos Aires, 1992.

GONZALEZ DEL SOLAR, José H. "Derecho de la Minoridad" Editorial Mediterranea, Córdoba, 2005.

KRASNOW, Adriana. "Filiación por Naturaleza y Derecho a la Identidad" UNR Editora, Rosario, 1996.

MEDINA, Graciela. "Daño en el Derecho de Familia" Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

MENDEZ COSTA, María Josefa. "Encuadre Constitucional del Derecho a la Identidad" Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986.

MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas” Astrea, Buenos Aires, 2006.

CÓDIGO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponible en www.infoleg.gov.ar

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponible en www.infoleg.gov.ar

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO disponible en www.infoleg.gov.ar

ÍNDICE

Capítulo I

FILIACIÓN

1. Introducción.....	11
2. Filiación, conceptos: restringido y amplio.....	11
3. Efectos que derivan a partir de la determinación de la filiación.....	12
4. Clases de filiación.....	15
5. Evolución legal en el derecho argentino.....	17
6. Restricciones del derecho tradicional a la búsqueda de la realidad biológica.....	19
7. Debilitamiento de las restricciones tradicionales y la búsqueda de la verdad biológica.....	20
8. Principios rectores del regimen legal vigente.....	21
9. Jurisprudencia sistematizada.....	24
10. Constitución nacional: reforma 1994.....	25
11. Conclusión.....	26

Capítulo II

ACCIÓN DE FILIACIÓN Y PRUEBAS

1. Introducción.....	29
2. Protección judicial de la filiación. Acción de filiación.....	29
3. Las pruebas en la acción de filiación. Objeto de prueba.....	32
4. La prueba biológica.....	32
5. Sistemas: a) pruebas hematológicas; b) Antropomórficas y fisiológicas; c) Sistema H.L.A d) A.D.N.....	35
6. Reaundos para la realización de los exámenes genéticos.....	41
7. Otros medios de prueba. Pruebas tradicionales.....	43
8. Medios de prueba en el extranjero.....	45
9. Conclusión.....	46

Capítulo III

NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA

1. Introducción.....	49
2. Negativa a someterse a la prueba biológica, noción.....	49
3. Encuadre legal.....	49
4. Excusas que fundamentan la negativa de someterse al peritaje.: a) Invocación de orden religioso; b) Por razones de salud; c) Falta de reaundos técnicos; d) Protección del	49

núcleo familiar o íntimo; e) Derecho a negarse a conocer su origen biológico; f) Cuando el análisis excede al objeto procesal de la causa.....	52
5.Funcionamiento y efecto de la negativa: a) en el padre; b) en la madre; c) en terceros.....	59
6.Conclusión.....	61

Capítulo IV

CUESTIONES PROCESALES

1.Introducción.....	63
2.Indicio o presunción.....	63
3.El comportamiento de las partes en el proceso como indicio probatorio.....	64
4.Verosimilitud o razonabilidad de la pretensión como recaudo para ordenar la prueba biológica, diferentes posturas.....	66
5.Deber de colaboración en el proceso civil.....	71
6.Jurisprudencia sistematizada.....	74
7.Conclusión.....	74

Capítulo V

COMPULSIÓN EN LA REALIZACIÓN D LA PRUEBA BIOLÓGICA

1.Introducción.....	77
2.Viabilidad de ejercer la compulsión física.....	77
3. Jurisprudencia: a) admisibilidad en las pruebas biológicas, b) Inadmisibilidad de las pruebas biológicas.....	81
4.Compulsión en las pruebas y las normas legales específicas.....	85
5.La aplicación de un criterio selectivo y de razonabilidad para disponer la práctica compulsiva de la prueba biológica.....	87
6.La ejecución forzada de la pericia mediante la obtención de muestras de cadáveres.....	89
7.Jurisprudencia sistematizada.....	91
8.La pericia genética en la persona de un tercero.....	93
9.Conclusión.....	93

Capítulo VI

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

1.Introducción.....	96
2.Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial.....	96
3.Intervención del Estado.....	97
4.Actuación el Ministerio Público.....	98
5.Dimensión del derecho a la identidad personal.....	100

6.El deber de la madre.....	101
7.Derechos fundamentales en juego.....	102
8.Jurisprudencia sistematizada.....	110
9.Conclusión.....	111

Capitulo VII

RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE RECONOCIMIENTO

1.Introducción.....	113
2.Derechos de la personalidad y derechos de la familia extramatrimoniales.....	113
3.Protección jurídica del derecho a la identidad.....	114
4.Responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente. Obligación de reparar el daño extrapatrimonial producido.....	115
5.Presupuestos de responsabilidad civil: a) daño; b) dolo o culpa; c) relación de causalidad; d) antijuricidad.....	116
6.Los eximentes de responsabilidad.....	121
7.Responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones tendientes a la determinación de la paternidad.....	122
8.Legitimados para reclamar: a) hijo; b) madre: como legitimada indirecta para reclamar daño moral y como heredera para reclamar daño moral sufrido por su hijo.....	123
9.Jurisprudencia.....	128
10.Prueba del daño.....	131
11.Jurisprudencia Sistematizada.....	132
12.Prescripción.....	132
13.Conclusión.....	133
Reflexiones finales.....	134