



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

CARRERA DE ABOGACIA

**EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA PATERNIDAD POST MORTEM:
“ADN COMO PRUEBA DETERMINANTE
DE FILIACIÓN”**

GROSSO MARCELA DE LOS MILAGROS

2012

RESUMEN

En el siguiente trabajo de investigación, se desarrollará como tema central la filiación post mortem. Para llegar al punto de conflicto, antes se transitará por la evolución histórica del instituto de filiación, el sistema originario en nuestro ordenamiento jurídico, sus respectivas modificaciones, contenido y los efectos que produce, hasta llegar a la filiación post mortem. A sus efectos realizaremos un estudio exhaustivo de la misma, puntualizándonos mayoritariamente en la prueba biológica de ADN, considerando que es el examen más certero en cuanto a la determinación de la existencia del vínculo jurídico filial, debido a los grandes avances realizados por la ciencia.

ABSTRACT

In the following work of investigation, the post-mortem filiation will develop as central topic. To come to the point of conflict, before one will pass along the historical evolution of the institute of filiation, the original system in our juridical classification, his respective modifications, content and the effects that it produces, up to coming to the post-mortem filiation. To his effects we will realize an exhaustive study of the same one, specifying for the most part in the biological test of DNA, considering that is the most accurate examination as for the determination of the existence of the juridical affiliated link, due to the big advances realized by the science.



A mí Querida Madre.

ÍNDICE

Introducción.....Pág. 6.

Capítulo 1 Tema de Investigación

1.1 Definición del Problema de Investigación.....Pág.9.

1.2 Preguntas de Investigación.....Pág.9.

1.3 Objetivos de la Investigación.....Pág.9.

1.4 Hipótesis.....Pág.10.

Capítulo 2. La filiación

2.0. Introducción..... Pág.12.

2.1 Concepto.....Pág. 16.

2.2 Antecedentes Históricos.....Pág.17.

2.3 La Determinación de la Filiación.....Pág. 20.

2.4 Régimen legislativo.....Pág.21.

2.5 Filiación Extramatrimonial.....Pág.22.

2.5.1 Determinación de la Maternidad y la Paternidad ExtramatrimonialPág.22.

2.5.2 Reconocimiento de la Filiación.....Pág.24.

Capítulo 3 Filiación Post Mortem

3.1 Filiación Post Mortem.....Pág.29.

3.1.1. Derecho a la Identidad.....Pág.29.

3.1.2.Título y Posesión de Estado.....Pág.31.

Capítulo 4 Procedimiento de la Filiación Post Mortem

4.1 Proceso Filiatorio.....Pág.36.

4.1.1 Juez Competente – Noción de Competencia en término Jurídicos y la necesidad de interponer la Acción Filiatoria ante Juez competente.....Pág.38.

4.1.2. Legitimación en la Acción de Reclamación de Estado (Filiación extramatrimonial)	Pág. 41.
4.1.2.1 Noción de Legitimación.....	Pág. 41.
4.1.2.2 Legitimación en la Acción de Reclamación de Estado.....	Pág. 43.
4.1.3. Medidas Cautelares.....	Pág. 45.
4.1.4. Etapa Probatoria.....	Pág.46.
4.1.4.1 Indicios y Presunciones.....	Pág.48.
4.1.4.2 Prueba Documental.....	Pág.49.
4.1.4.3 Prueba Testimonial.....	Pág.51.
4.1.4.4 Prueba Pericial.....	Pág.52.
4.1.4.4.1 Prueba Biológica.....	Pág.52.
4.1.4.4.1.1 Tipos de Pruebas Biológicas.....	Pág.53.

Capítulo 5 Prueba de ADN

5.1. Acido Desoxirribonucleico.....	Pág.58.
5.2. Padre Fallecido. Exhumación de cadáver.....	Pág.60.
5.3. Negativa de la familia a someterse a la prueba de ADN.....	Pág.62.
5.4. Efectos.....	Pág.63.
Conclusión.....	Pág.65.
Bibliografía.....	Pág.67.
Anexos.....	Pág.70.

INTRODUCCIÓN.

La temática escogida para el presente trabajo de investigación, no obstante la existencia de instituciones jurídicas que la mencionan aisladamente, carece de bibliografía específica y abundante en comparación con aquellas más cotidianas en la práctica del foro, por no responder a lo que generalmente sucede en el discurrir social y jurídico, por lo que ante un caso concreto de tales características, filiación post mortem, y al perfeccionarse en la realidad, trae al debate jurídico y social un tópico de gran envergadura en éstos últimos tiempos como así también un cautivante interés en los avances de la ciencia para determinar aquellas cuestiones que se encontraban fuera del alcance del conocimiento del hombre y que sin embargo hoy es posible esclarecerlas con un grado de certeza absoluto.

Es inevitable mencionar a colación del tema elegido que el Derecho es una ciencia social, y por tal aseveración, estamos ante un campo multidisciplinario de estudio, dentro del cual se conjugan métodos, herramientas y conceptos que si bien son ajenos a ésta investigación, poseen elementos eficazmente interrelacionados para esclarecerla. Es decir que más allá de lo jurídico-legal, el Derecho se involucra e interactúa con otras ciencias tales como las exactas, sociología, antropología, historia, entre otras.

Por otro lado es preciso señalar, que el presente tema de estudio adquiere gran relevancia en nuestro medio, por involucrar diversos intereses, entrando en juego no sólo los patrimoniales sino aquéllos que construyen la unión y sentimientos de la familia como núcleo social primario, por lo que a través de ésta investigación se pretende analizar y puntualizar cual será el camino procesal que deberán recorrer aquellas personas que se constituyan en partes de un litigio de tales características.

Es necesario percatarnos que, por lo general, ésta temática sale a la luz adquiriendo relevancia en aquéllas situaciones donde resuenan litigiosos y voluptuosos acervos hereditarios, dentro de los cuales concurren a peticionar dichas herencias personas desconocidas, calificadas de ésta manera por los herederos conocidos del causante (sean forzosos o no) y que acuden con pretensiones sucesorias a consecuencia de articular acciones de emplazamiento filiatorio contra

los herederos ciertos del causante, por no poder ya accionar contra éste en razón de su muerte.-

Asimismo, es oportuno señalar el gran valor de la jurisprudencia existente en casos similares al planteado, concretamente donde se discute ésta temática jurídica y social, recabándose de aquella fuente del derecho, como así también de la doctrina, tratados internacionales de jerarquía constitucional y la ley, toda la información y recursos viables para la tramitación acabada y obtención de resolución judicial satisfactoria.



-I-

***TEMA DE
INVESTIGACIÓN***

“En todo proceso de investigación, un elemento que sustenta el camino a seguir en todo trabajo científico es el marco teórico, ya que en base a éste se inicia, continúa y se extraen la teoría que permiten respaldar la tesis.”

CAPITULO 1. TEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son los medios de prueba admitidos en el proceso para confirmar la relación paterno filial extramatrimonial entre legitimado y fallecido? ¿Es el ADN una prueba irrefutable? ¿Cuáles son los pasos a seguir en la reconstrucción del ADN?

1.2 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- ¿La prueba de ADN es suficiente para confirmar la filiación entre dos personas?
- ¿Como se deberá proceder en el caso que el presunto progenitor haya fallecido?
- ¿Cuáles son los tramites a realizar y cual es la competencia?
- ¿Qué sucede con la prueba de filiación si el cuerpo del presunto padre ha sido cremado?
- ¿Podrían obligarse a los descendientes y colaterales del fallecido a la extracción de sangre para la realización del ADN?
- ¿Cómo podrían oponerse los herederos a la realización de la prueba de ADN?
- ¿Cuales son los trámites posteriores al dictado de sentencia?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivos generales:

- Determinar cuál es el procedimiento a seguir a los fines de llevar a cabo la investigación de la filiación post mortem (paternidad extramatrimonial) y los sujetos

legitimados para accionar judicialmente, e indagar acerca de la necesidad e importancia de la prueba de ADN.

Objetivos particulares:

- Indagar cuáles son las funciones de los órganos judiciales dentro del procedimiento de investigación de filiación post mortem (paternidad extramatrimonial).
- Examinar las acciones y los actos del legitimado activo y las defensas habilitadas a oponer por parte de los legitimados pasivos de la acción (el o los demandados).
- Determinar cuál es el sistema probatorio pertinente al caso.

1.4 HIPÓTESIS:

“Ante una prueba inmutable, como es el análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN), es certero confirmar la relación biológica paterno-filial existente entre legitimado y fallecido”.



-II-

LA FILIACIÓN

“Anteriormente hablamos del marco teórico como el camino que sustenta nuestra investigación, será preciso comenzar a transitarlo desarrollando inicialmente la filiación”

CAPITULO 2. LA FILIACIÓN

2.0 INTRODUCCIÓN

La filiación es una de las instituciones, fundamentales del Derecho de Familia cuya estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: la unión sexual de hombre y mujer y la procreación de los hijos. Tiene su origen en la generación, hecho natural al cual el derecho imputa un cúmulo de derechos subjetivos familiares y de deberes correlativos.

Puede decirse que constituye un vínculo biológico - jurídico que une a una persona con sus progenitores, interdependiente y recíproco, dada la correlatividad del estado de familia.

“El estado de las personas es la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad. Determinar el estado de una persona es calificarla de acuerdo al punto de vista desde el cual se la considera. En consecuencia, estado de familia se define como la posición jurídica que una persona ocupa en el grupo familiar, en virtud de la cual la ley le atribuye derechos y deberes, prerrogativas e incapacidades¹”.

“Bossert y Zannoni expresan que la ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status. A todo individuo le corresponde un estado de familia que lo une con otras o por la ausencia total de tales vínculos. Así ese emplazamiento determinado por la existencia o no de dichos vínculos configuran su estado de familia.

El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible, que resulta inescindible de la persona misma y por tanto inalienable, irrenunciable, indivisible, universal, oponible, estable y único; abarcando todas las relaciones

¹ MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA- MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO – SARA CADOCHÉ DE AZVALINSKY – DANIEL HUGO D’ANTONIO – FRANCISCO A. M. FERRER – CARLOS H ROLANDO.1998. Derecho de familia. Tomo I. Santa Fé. Editorial Rubinzal – Culzoni. Pag 6.

jurídicas que la persona tiene con todos los otros miembros de la familia, comprendiendo el vínculo conyugal y el vínculo parental, que puede ser consanguíneo, por afinidad y adoptivo”².

“La familia es el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. Tan antiguo como la humanidad misma, y por ende anterior al Estado y preexistente a toda ley positiva. Además, es la base y piedra angular de todo el ordenamiento social por las diversas y fundamentales funciones sociales que cumple: 1) Por su *función geneonómica*, porque en todas las sociedades se reconoce a la familia como el órgano necesario a través del cual se perpetua la especie humana. 2) Por su *función socializadora*; en virtud de la cual inserta al individuo en una sociedad determinada, y 3) Por *función estabilizadora*, es un factor insustituible de equilibrio social.

El concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista, jurídico y sociológico. Desde la perspectiva jurídica brinda un concepto amplio, definiéndola como el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco; comprendiendo tres órdenes de relaciones, las conyugales, las paterno-filiales y las parentales. El Código Civil, aunque no define a la familia, brinda la base para deducir este concepto jurídico amplio. Y desde la perspectiva sociológica la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco; refiere al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear³”.

“Los vínculos jurídicos familiares reconocidos por nuestro derecho positivo son los que determinan el concepto y la composición de la familia, y nuestro derecho otorga efectos jurídicos tanto a los vínculos nacidos del matrimonio como a los que se generan fuera de la unión conyugal, siendo lo exacto que de tal circunstancia se deduce que el concepto jurídico de familia comprende no solo a la familia matrimonial (antiguamente denominada legítima) sino también a la que se constituye

²BOSSERT GUSTAVO A. ZANONNI EDUARDO A. 2000 Manual de Derecho de Familia. ciudad de Bs As. Ed. Astrea
Pág. 25.

³ MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA- MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO – SARA CADOCHE DE AZVALINSKY – DANIEL HUGO D’ANTONIO – FRANCISCO A. M. FERRER – CARLOS H ROLANDO. *Op. Cit.*

Pág. 25.

sin mediar entre los progenitores el vínculo matrimonial, reconociendo la realidad innegable de la familia natural, extramatrimonial (o de antiguo llamada ilegítima), que surge cuando se forma la prole extramatrimonial y genera derechos y deberes recíprocos en la relación paterno-filial consagrados por la ley civil, que aunque no medie vínculo matrimonial válido entre los progenitores, la situación jurídica que se crea entre estos y sus hijos tiene un carácter esencialmente familiar y esas normas legales indican que el hijo extramatrimonial tiene realmente una familia, cuya existencia ha sido confirmada por las reformas del Código Civil.

La cuestión referida quedó superada con la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial dispuesta por la ley 23.264, que suprimió toda clase de discriminaciones entre el parentesco derivado del matrimonio y el extramatrimonial.

Es preciso agregar que el concepto amplio de familia incluye también a la familia adoptiva, creada exclusivamente por la ley, sin la base del fenómeno biológico⁴. Es por ello que se reitera que *la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea este por consanguinidad, matrimonial o extramatrimonial, por afinidad o por adopción*⁵.

Tal lo expresa el art. 240 de nuestro Código Civil la filiación puede tener lugar ya sea por naturaleza o por adopción. La por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial es la que obtienen los hijos de personas unidas por el matrimonio. Y la extramatrimonial es la que corresponde a los hijos de dos personas no unidas por el vínculo marital.

En la filiación adoptiva no existe ninguna conexión biológica, ya que es la que se adquiere por creación de la ley; en nuestro país la adopción podrá ser plena cuando se cortan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica y

⁴ Tuvo su primer recepción en el año 1948 mediante la Ley 13.252, después sustituida hasta la vigente Ley 24779 B.O 1/4/97 Incorporó al Código Civil como Título 4 de la Sección Segunda del Libro Primero.

⁵ MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA- MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO – SARA CADOCHE DE AZVALINSKY – DANIEL HUGO D'ANTONIO – FRANCISCO A. M. FERRER – CARLOS H ROLANDO. *Op. Cit.*
Pág 25.

también puede ser simple cuando no se cortan esos vínculos jurídicos con la familia, aunque exceptuándose la patria potestad que la adquiere el adoptante.

El Código Civil nos da a conocer sus principales características distinguiéndola una de la otra. El Art 323 hace mención a la adopción plena la cual es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. Es decir que por la adopción plena se emplaza al adoptado en un verdadero estado de familia que sustituye al consanguíneo originario, en caso de que lo haya habido con anterioridad a tal adopción

En cambio, el Art 320 del Cód. Civil expresa que la adopción simple confiere al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código, aunque "los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre si . Es claro, pues, que *“la adopción simple se limita a crear un status fili (estado de hijo) que, en principio, se circunscribe a las relaciones entre adoptante o adoptantes y adoptado sin trascender, como la adopción plena, en la familia de aquél”*”.

Con respecto al emplazamiento del adoptado en la adopción simple existen diversas prohibiciones que expresa nuestro código:

“En lo relativo a los *impedimentos matrimoniales*, el Art. 166, inc 3º del Cód. Civil consagran expresamente en carácter de dirimentes los que la adopción origina entre el adoptante con el adoptado o con sus descendientes o el cónyuge, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, o entre los hijos adoptivos entre sí.

En lo atinente a *derechos sucesorios*, el Art. 344 admite el derecho de representación de los descendientes del adoptado, y el de éste, en la sucesión de los ascendientes del adoptante, aunque no en carácter de herederos forzosos. Igual

⁶BOSSERT GUSTAVO A. - ZANNONI EDUARDO A.. *Op. Cit.* Pág.488

derecho de representación acuerda la norma legal citada, esta vez en carácter de legitimarios, a los descendientes del adoptado en la sucesión del adoptante.

En tanto, subsiste plenamente el parentesco del adoptado con sus progenitores y familia consanguínea. Se transfiere al adoptante el ejercicio de la patria potestad y el usufructo y administración de sus bienes, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge según el art. 331 del Código Civil. Es decir que el adoptante, además del conjunto de derechos y obligaciones que imponen la patria potestad y la administración y usufructo de los bienes del adoptado, tiene vocación hereditaria en la sucesión de éste, actualizando su llamamiento en caso de no existir descendientes excepto en los bienes que el adoptado hubiese recibido a título gratuito de su familia biológica, sobre los cuales concurren exclusivamente los padres biológicos o ascendientes.

En contraposición a la adopción plena, la adopción simple es *revocable* en los casos que determina el art. 335 del Cód. Civil, no impide el *reconocimiento* del adoptado por sus padres biológicos ni el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de aquél contra estos. Finalmente, como ya se dijo, el adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, aunque lleva el *apellido* del adoptante, al cual aquél podrá, a partir de los dieciocho años por aplicación de las normas generales-, agregar el suyo propio como lo expresa el art. 332 del Código Civil.”⁷.

2.1 CONCEPTO

“Filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. Vínculo determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos. Tres son las clases de filiación que se conocen en el plano jurídico: a) *MATRIMONIAL*. Es la que tiene su origen en el matrimonio, es decir, la que corresponde a los hijos de personas unidas entre sí por el vínculo matrimonial. b) *EXTRAMATRIMONIAL*. Es la que corresponde a los hijos de personas no unidas entre sí por el matrimonio. c) *ADOPTIVA*. Es la que no corresponde a la realidad biológica sino a un vínculo

⁷ BOSSERT GUSTAVO A. – ZANNONI EDUARDO A.. *Op. Cit* pág.492

paterno-filial creado por el derecho. Puede ser plena o simple, según que extinga o no el vínculo biológico con la familia de origen, respectivamente⁸".

Dispone al respecto el artículo 240 Código Civil según texto según ley 23.264: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código*".⁹

Siguiendo el razonamiento, es oportuno indicar la evolución de la que ha sido pasible nuestro derecho a lo largo del tiempo, respecto a las clasificaciones de los vínculos jurídicos entre los progenitores y sus hijos, hasta desembocar en el régimen vigente bajo la Ley 23.264.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

"En el antiguo derecho romano se hacia diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos ya que se consideraba a la familia formada a partir de la base del matrimonio. Desde entonces se producía una gran diferencia y por sobre todo provocaba gran inferioridad a los hijos nacidos fuera del matrimonio y hasta se les negaban sus derechos y a considerarlos miembros de una familia. Tal situación sucedía en Grecia, en la legislación romana, de las XII tablas y en el derecho Germánico"¹⁰.

"A diferencia del anterior el derecho Justiniano distinguía entre los hijos nacidos fuera del matrimonio los *liberi naturali*, hijos de una concubina, los *liberi spurii*, hijos de mujer de baja condición o vida deshonesto, los *liberi adulterini* y *liberi incestuosi*, nacidos de unión prohibida en razón de adulterio o incesto. Solo los hijos naturales tenían parentesco con sus padres y podían ser legitimados, pero los restantes no poseían ningún tipo de derechos"¹¹.

⁸ BOSSERT GUSTAVO A. – ZANNONI EDUARDO A. *Op. Cit* pág 38

⁹ BELLUCIO, AUGUSTO CESAR. 2002. Manual de Derecho de Familia. T 1(7ª). Ciudad de Buenos Aires Ed Astrea. Pág. 3

¹⁰ ROLFO DE COSTAMAGNA MARÍA LUISA.1999 .Derecho Romano I (7). Córdoba. Ediciones del Copista. pág. 65.

¹¹ BORDA GUILLERMO.2010 Tratado de Familia. T II. (10). Bs. As. Ed. Astrea. pág. 11

“El derecho español realizaba una diferencia entre los *hijos naturales* y *espurios*, que eran los concebidos dentro del matrimonio o fuera de el, a estos últimos los subdividía en *adulterinos*, quienes eran los procedentes de la unión de dos personas que no podían contraer matrimonio por que una de ellas, o ambas eran casadas; *los incestuosos* eran los nacidos de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por existir parentesco entre ellos; *los sacrílegos* eran los procedentes de clérigo de ordenes mayores o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la iglesia Católica y *los mánceres* los hijos de mujeres prostitutas¹²”.

“Con el avenimiento del cristianismo, el derecho moderno se pretendió aumentar los derechos de los hijos ilegítimos, reconociéndoles el derecho a reclamar la posesión de estado, a exigir alimentos, el de ser legitimados por subsiguiente matrimonio, sin embargo el cambio no fue radical. Es recién con la Revolución Francesa que se establece la igualdad entre hijos legítimos e hijos naturales, a pesar de haber tenido corta vigencia pues el Código de Napoleón reinstaura el régimen anterior, es importante destacar el cambio que se gestaba en la ideología de la sociedad y la consecuente modificación legislativa¹³”.

Esta nueva tendencia se basa en la idea de que la falta de los padres no debe recaer sobre los hijos, es así que en el siglo XX casi ha desaparecido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Incluso en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 se reconoce igual derecho de protección a todos los niños, sin distinción de origen. Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece que debe reconocerse en cada legislación de los Estados firmantes, iguales derechos a los niños matrimoniales como a los extramatrimoniales.

“En lo que respecta a nuestra normativa, el Código Civil ideado por Velez Sarfield, no sólo estableció originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, sino que además, entre éstos últimos distinguía: los hijos sacrílegos (eran los hijos de clérigos de ordenes mayores o de padre o madre ligado por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica; ésta categoría

¹² ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL A. 1994. Nociones de Historia del Derecho Argentino. (2) Córdoba. Ed. Lerner editora SRL.

¹³ BELLUCIO, AUGUSTO CESAR. *Op. Cit.* Pág. 275

desapareció al secularizarse el matrimonio con la sanción de la Ley 2393); incestuosos (eran los nacidos de quienes eran hermanos, ascendientes o descendientes); adulterinos (eran aquellos cuyos padres no podían casarse a la época de la concepción del hijo por tener, uno o ambos, impedimento de ligamen) y naturales (eran los nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo).

Respecto a los hijos sacrílegos, incestuosos y adulterinos, la ley proclamaba que no tenían legalmente padre ni madre, ni derecho a investigar la paternidad o maternidad; permitiéndoseles solamente reclamar alimentos hasta los dieciocho años de edad en el caso de que hubiesen sido voluntariamente reconocidos y con la condición de que estuviesen imposibilitados de proveer a sus necesidades.

Éste tratamiento legal era un tanto diferente para los hijos naturales, quienes tenían cierto estado de familia, permitiéndoseles demandar por alimentos, teniendo además porción hereditaria a la muerte de sus padres, aunque concurriendo con hijos o descendientes legítimos, esa porción equivalía a una cuarta parte de la de éstos.

La Ley 14.367, sancionada en el año 1954, eliminó las clasificaciones entre los hijos extramatrimoniales y les confirió a todos los derechos que hasta ese momento solo gozaban los hijos naturales, elevando además la porción hereditaria, de la cuarta parte a la mitad de la que le correspondería a un hijo matrimonial.

En el año 1985, mediante la Ley 23263 se reforma el Código Civil, y si bien las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen, se establece la equiparación de la filiación de ambas. A consecuencia de ello, el artículo 241 del Código Civil establece que el Registro Civil expedirá certificados de nacimiento redactados de forma tal que no resulte de ellos si el hijo ha sido o no concebido durante el matrimonio.

La ley 23.264 estableció que la filiación matrimonial y extramatrimonial producirían los mismos efectos. *“Aunque las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen, no es para discriminar entre unos y otros en cuanto*

a derechos reconocidos, sino porque existe diversidad de formas para establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales”¹⁴.

2.3 LA DETERMINACION DE LA FILIACIÓN.

La determinación de la filiación consiste principalmente en la comprobación del origen y la procedencia de una persona, y en la protección legal efectiva que detenta una persona para a conocer su raíz familiar y en reclamar sus derechos. Los hijos tienen el derecho fundamental a establecer su filiación paterna y materna, así como llevar el apellido de sus progenitores.

Conforme a lo desarrollado en el punto 2.1 y 2.2, la filiación que tiene lugar por la naturaleza según el artículo 240 del Código Civil, presupone un nexo biológico entre el hijo y sus padres, que cuando ese vínculo puede acreditarse queda jurídicamente determinado. Por lo que podemos decir que *“la determinación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”¹⁵.*

Es preciso indicar que “existen distintos modos de determinación de la filiación, pudiendo ser *legal*, que es cuando la propia ley en base a ciertos supuestos de hecho así la establece (ejemplo el artículo 242: la maternidad se determina por el parto y la identidad del nacido o el artículo 243 que dispone que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución). *Voluntaria o negocial*, cuando la determinación proviene de la eficacia de un reconocimiento expreso o tácito del hijo. Y *judicial* es cuando la determinación resulta de una sentencia que declara la maternidad o paternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico”¹⁶.

¹⁴ BOSSERT GUSTAVO A. - ZANNONI EDUARDO A. *Op. Cit.* Pág. 440

¹⁵ BOSSERT GUSTAVO A. - ZANNONI EDUARDO A. *Op. Cit.* Pág. 226

¹⁶ BOSSERT GUSTAVO A. - ZANNONI EDUARDO A. *Op. Cit.* Pág. 441

2.4 RÉGIMEN LEGISLATIVO

Nuestro originario Código Civil, inspirado en el de Napoleón, diferenciaba de dos maneras distintas a los hijos, por un lado los hijos legítimos quienes eran aquellos que nacían dentro de la unión matrimonial de dos personas; y por el otro a los ilegítimos quienes eran hijos de dos personas que no estaban unidos maritalmente, pero dentro de ésta categoría se diferenciaban los hijos naturales, los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos. (Ver ut supra Punto 2.2).

La evolución normativa respecto al asunto que tratamos se encuentra marcada históricamente por distintas leyes, principalmente la ley 14.367¹⁷, la ley 23.264¹⁸, las leyes ratificadoras principalmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y la reforma constitucional de 1994.

Antes de la reforma, sólo los hijos matrimoniales tenían derecho a entablar la acción de reclamación de estado cuando no se hubiese inscripto.

Actualmente, ese derecho lo tienen también los hijos extramatrimoniales, quienes pueden entablarla contra quien consideren su padre o madre, y en caso de haber fallecido alguno de ellos, la acción puede dirigirse contra sus sucesores universales. Esta acción no tiene tiempo de caducidad para los hijos. Asimismo, puede reclamarse el estado por los herederos del hijo, si éste la hubiese entablado, para continuarla; o pueden iniciarla si el hijo hubiese muerto siendo menor de edad o siendo incapaz, como lo establece el Art. 254 del Código Civil. Y además consagra en el quinto párrafo, que si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o después de dos años del descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a los herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

¹⁷“Hijos nacidos fuera del matrimonio” sancionada el 30 de septiembre de 1954. Elimino las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales, y les confirió a todos los derechos que hasta ese momento solo tenían los hijos naturales; además elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que le correspondería a un hijo matrimonial.

¹⁸“Filiación patria Potestad” sancionada el 25 de septiembre de 1985. Establece que la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos. Por eso, el Art 241 añade que el registro civil expedirá únicamente certificado de nacimiento que sean redactado en forma que no resulte de ellos si el hijo ha sido o no concebido durante el matrimonio.

2.5. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Comencemos por definir a la filiación extramatrimonial como el vínculo que une a los hijos con sus padres, quienes no se encuentran unidos por el matrimonio. Esta denominación responde a la necesidad de distinguirla de la filiación matrimonial, diferencia que importa a los fines del modo en que se establece, ya que esta última se determina a través de modos presuncionales consagrados en la legislación vigente, que no son aplicables a la extramatrimonial, solo importando como presunción la denominada en el Art. 257 correspondiente al concubinato¹⁹.

La determinación de la paternidad consiste en establecer jurídicamente la filiación existente entre dos personas, padre e hijo, adecuándosele a su fundamento natural: la procreación, la cual será la base de investigación para probar judicialmente y acreditar de manera fehaciente la paternidad biológica, constituyendo la prueba pericial una importante fuente y recurso que sustenta éste procedimiento judicial.

La paternidad no reconocida se enfrentará a un problema no sólo jurídico, sino también social, siendo un tema de interés de toda la comunidad y de orden público.

2.5.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

El Código Civil se ocupa de regular el modo en que debe determinarse la maternidad y la paternidad, sea ella matrimonial o extramatrimonial. Si bien tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial producen los mismos efectos, y

¹⁹ Art 257 Código Civil. El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

también responden a la idea de unidad de filiación²⁰, se diferencian en la forma en que se establece el estado de hijo.

La maternidad quedara establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba de nacimiento y la identidad del nacido.

El Art. 242 del Código Civil alude a que la maternidad queda establecida por el alumbramiento, probándose por el certificado del obstetra o del médico que asistió al mismo, el cual contendrá datos identificatorios de la madre e impresiones digitales, datos del nacido con calcos palmares y plantares derechos, los datos del obstetra y al momento de retirarse del sanatorio se tomará nuevamente los datos de los mismos. Se realizaran tres copias las cuales será, una para el sanatorio, otra para los padres y otra para el registro Civil y Capacidad de las Personas siendo causa eficiente para la inscripción en el Registro.

En este sentido, la maternidad presupone la existencia de distintos elementos, ellos son el parto de la mujer y la identidad del nacido de la mujer en ese parto. Dicha identidad responde a una cuestión técnica que debe realizarse durante el trabajo de parto y la del niño, producido el nacimiento y antes de cortar el cordón umbilical.²¹ Para dar certidumbre y veracidad a la identidad del nacido se establecen normas jurídicas y presunciones legales destinados a determinar la concepción matrimonial y la certidumbre de la paternidad.

Respecto a la paternidad matrimonial, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario, tal como lo expresa el Art. 243 del Código Civil.

La presunción opera cuando median dos requisitos positivos, la filiación materna legalmente acreditada, que el nacimiento se hubiere producido después de la

²⁰Se refiere a la concepción filosófica de corte naturalista, que sostiene la igualdad entre todas las personas, que encuentra apoyo constitucional en el art. 16 de nuestra Carta Magna, y en tratados internacionales de jerarquía constitucional (Tratados sobre Derechos Humanos).

²¹ Según art. 2 ley 24.540 sobre régimen de identificación para los recién nacidos. Sancionada en septiembre de 1995.

celebración del matrimonio, y un elemento negativo, que no se configure alguna de las excepciones.

Con respecto a la paternidad extramatrimonial, quedara determinada legalmente por el reconocimiento del padre según lo establece el Art. 247²² del Código Civil, el cual *“es un acto jurídico que tiene como fin inmediato emplazar al reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y a éste último en el estado de padre o madre, trasladando al ámbito jurídico el vínculo biológico”*²³. Aunque también el reconocimiento se podrá obtener por medio de sentencia de emplazamiento filiatorio.

El reconocimiento voluntario de filiación se producirá cuando una persona declare y reconozca que otra persona es su hijo y se realice efectivamente la inscripción en el registro, mientras que si necesitamos tramitar un juicio para llegar a una sentencia que declare la existencia de filiación existirá un reconocimiento forzado.

2.5.2. RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

El Art. 248 del Código Civil encuadra al reconocimiento de la filiación enumerando los actos a través de los cuales el padre extramatrimonial o la madre podrán reconocer a un hijo. Entre los actos que la norma enuncia se encuentra el reconocimiento practicado ante el oficial del Registro Civil y Capacidad de las Personas, quien realizará la inscripción pertinente y el hijo adquirirá el título de estado en sentido formal, es decir, el instrumento acreditará *erga omnes*²⁴ su carácter de hijo. También menciona que el reconocimiento podrá también realizarse por cualquier clase de instrumento, sea éste público o privado. *“Cualquier instrumento privado resulta causa suficiente para reconocer a un hijo, inclusive las cartas misivas”*²⁵, debiendo necesariamente contener los requisitos exigidos para dar valor a

²² Art. 247. La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

²³ MÉDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA Y D'ANTONIO. DANIEL. 2001. Derecho de Familia. T.3. Santa Fé. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág 75.

²⁴ Locución latina que significa: “respecto de todos” o “frente a todos” utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato.

²⁵ BORDA GUILLERMO A. T II *Op. Cit.* Pág. 44.

esta clase de instrumentos. Sin embargo, para poder ser inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas se requiere que dicho instrumento sea autentico, tal autenticidad se obtiene certificando la veracidad de la firma del otorgante. De esta forma tanto el instrumento público como el privado constituyen titulo de estado, por lo cual producen efectos tanto entre las partes como con respecto a terceros.

Otra forma de reconocimiento son las disposiciones contenidas en los actos de última voluntad, es decir, *“el testamentos, al cual el Art. 3607 lo define como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de la muerte”*²⁶. Dicho reconocimiento se efectúa de forma incidental la cual deberá ser clara y precisa de manera tal que no exista dudas sobre el reconocimiento, es decir que en el testamento se nombre a la persona y que de forma clara se pueda entender notoriamente que se está refiriendo a un hijo. Es decir, *“aunque el objeto principal del acto sea realizar por ejemplo una donación, si de lo declarado por el donante surge el reconocimiento del hijo, este reconocimiento aun introducido en forma incidental en el texto del instrumento negocial, tendrá plena validez”*²⁷.

Cabe destacar que si el testamento llegara a tener algún defecto en la forma, fuese nulo o fuese revocado, el reconocimiento seguirá siendo válido, siempre y cuando esté la firma del testador, ya que el reconocimiento de la filiación constituye un acto irrevocable según el Art 246 primera parte del Código Civil.

Se discute el momento a partir de cuando surte efectos el reconocimiento por testamento, si es desde que ha acaecido la muerte del testador, o desde el momento en que se efectuó el acto dispositivo que contiene el reconocimiento. Doctrinariamente hace referencia al tema la opinión del Dr. Borda, formando parte de la corriente mayoritaria, quien sostiene que, *“la declaración hecha por testamento de la que resulta el reconocimiento de un hijo, tiene efecto desde que la misma se realizo y no desde la muerte del testador”*²⁸.

²⁶ BORDA GUILLERMO A. 2002 Manual de Sucesiones. (14). Bs As Ed Abeledo Perrot. Pág. 299

²⁷ BOSSERT GUSTAVO A. - ZANNONI EDUARDO A. *Op.cit.* Pág. 450

²⁸ BORDA GUILLERMO A. 1993. Tratado De Derecho Civil – Familia Tomo I. Bs As. Ed. Abeledo- Perrot. Pág 5.

El reconocimiento consiste en un acto jurídico²⁹ unilateral³⁰, irrevocable³¹, puro y simple³², el cual está destinado a constituir un vínculo jurídico mediante la filiación es decir, un acto único e individual ya que solo interviene la persona que reconoce, no siendo necesaria la aceptación del hijo. Además, es de carácter declarativo en cuanto que declara un estado de familia que le es preexistente, y no lo constituye como sostiene el Dr. Borda³³. Por lo tanto, es un acto personalísimo e irrevocable no susceptible de ser sometido a modalidades que alteren sus consecuencias legales³⁴. Asimismo no hay fórmulas legalmente impuestas para expresar un reconocimiento, siendo suficiente la claridad de la expresión y que sea inequívoca la individualización del reconocido.

“El segundo párrafo del artículo 250 del Código Civil se refiere a la inscripción de un reconocimiento que contradiga una filiación ya establecida, disponiendo que quien lo pretenda debe previa o simultáneamente, ejercer acción de impugnación de la filiación establecida (que puede ser matrimonial o extramatrimonial). Lo expresado armoniza con el artículo 252 del Código Civil acerca de dejar sin efecto una filiación ya establecida, con el artículo 40 del Decreto Ley 8204/63 que reza: *“En caso de reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo, las notas de referencia posteriores a la primera no se registrarán en las inscripciones del nacimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la resolución adoptada”*.

La inscripción contradictoria que se hubiere efectuado sería nula de nulidad absoluta según los artículos 1044 y 1047 del Código Civil. Ello es así, ya que en caso de contradicción entre dos reconocimientos, debe resolverse a favor del primero en el tiempo, que ha fijado estado filiatorio y produce efectos erga omnes. El segundo

²⁹ Art. 944. Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediatos, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

³⁰ Art. 946. “... son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona...”

³¹ No puede ser dejado sin efecto por propia voluntad sino iniciando acciones judiciales.

³² Debido a que no puede sujetarse a ninguna modalidad, plazo, condición o cargo y si la tuviera carece de valor.

³³ BORDA GUILLERMO A. *Op. Cit.* T I Pág 39

³⁴ Artículo 249 del Código civil primer párrafo.

carece de valor, es nulo de nulidad absoluta, en tanto el primero no haya sido destruido por sentencia³⁵”.

³⁵ AZPIRI JORGE OSVALDO.2001. Juicios de Filiación y Patria Potestad. Bs. As. ed Hammurabi. pág 309



-III-

***FILIACIÓN POST
MORTEM***

“En el presente capítulo, sobre la base de lo que se ha desarrollado y avanzado en el camino de ésta investigación, respecto a todas las instituciones jurídicas pertinentes al caso, sus vinculaciones y consecuencias jurídicas, traduciéndose constantemente en el plano social, pero que a su vez cuando conllevan las notas que caracterizan a un supuesto tan particular como el planteado, trascienden con más fuerza a la faz jurídico-legal por los derechos y deberes que acarrea ésta clase de situación familiar respecto a los sujetos involucrados.

CAPITULO 3. FILIACIÓN POST MORTEM

3.1. FILIACION POST MORTEM

Definimos a la filiación post mortem como el vínculo paterno filial a demostrarse y/o emplazarse entre un hijo y su progenitor cuando éste ha fallecido. Toda persona tiene derecho a identificarse y relacionarse con sus padres genéticos, conocer su pertenecía a determinada familia en cualquier momento de su vida y a través de cualquier medio de prueba.

3.1.1. DERECHO A LA IDENTIDAD

Toda persona tendrá el derecho de conocer su origen biológico, conocer a que núcleo familiar pertenecen y por sobre todo tiene el derecho a que se lo reconozca como integrante de esa familia. Petracchi en un voto como juez de la Corte Suprema decía que, *“el hombre tiene derecho a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una inspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”*³⁶.

También debe distinguirse el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, y la identidad filiatoria, consecuencia de la situación de una

³⁶ CSJN, 13/11/90, Ed. 141-263, disidencia de Petracchi, con notas de Bidart Campos, en busca de la filiación rechazada y discutida, y de Gutiérrez, los derechos del niño a conocer su identidad. Conf. Morillo, las obligaciones de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso, 1991- III-52.

persona con respecto a un determinado estado de familia, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

No solo la identidad de una persona esta ligada a su descendencia biológica sino que, la identidad es un proyecto existencial propio y personal. Este aspecto de la identidad muestra lo dinámico de una persona, sus pensamientos, creencias, ideologías y costumbres de cada uno. Desde este punto de vista la identidad personal integra un bien especial y fundamental de la persona y digno de ser respetado por parte de terceros.

“En 1987 se dictó la Ley 23.511 por la cual se había creado el Banco Nacional de Datos Genéticos, el cual surgió por la necesidad de brindarles herramientas, y recursos útiles y eficaces a los familiares de personas desaparecidas o supuestamente nacidos en cautiverio, además de la posibilidad cierta de determinar con ayuda de la ciencia a que familia pertenecían mediante la construcción y reconstrucción del ADN. En este banco se archivan datos genéticos correspondientes a sus padres, abuelos y hermanos para poder luego determinar la filiación o pertenencia a la familia de personas cuya identidad pudiera haberse sustituido. En la actualidad ésta ley fue modificada por la ley 26.548 y el Banco Nacional de Datos Genéticos cumple funciones más amplias, estando al servicio de todo aquel que lo requiera en un juicio filiatorio³⁷”.

Lo que fue de gran importancia en este tema fue la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y aprobada por nuestro país por ley 23.849. Posteriormente, con la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22, adquiere jerarquía constitucional.

³⁷ El BNDG funciona en el servicio de inmunología del Hospital Carlos A. Duran, dependiente de la Ciudad de Buenos Aires. Son sus funciones: organizar y custodiar un archivo de datos genéticos, producir informes y dictámenes técnicos, realizar pericias genéticas a requerimiento judicial, promover y efectuar estudios e investigaciones relativas a su objeto. Se prevé el caso de familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior, habilitándolos a recurrir a las instituciones que se reconozcan en el decreto reglamentario con intervención del cónsul argentino. Los servicios del BNDG se encuentran a disposición de las aludidas personas. Los datos y estudios de los menores localizados y de sus presuntos familiares se centralizan en el BNDG y allí se conservan las muestras de sangre. La identidad de las personas que se sometan a las pruebas consiste en su documentación personal y la toma de impresiones digitales y fotografías a archivar en el BNDG. Los registros y asientos se conservan de modo inviolable y hacen plena fe de sus constancias. Su alteración constituye delito de falsificación de instrumento público con las consiguientes consecuencias.

Al respecto puede apuntarse que, “el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional declara que corresponde al Congreso de la Nación aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Es decir, que la celebración de un tratado es en nuestro Derecho, un acto complejo, que requiere la firma del mismo por el Poder Ejecutivo, la aprobación del Congreso, y la ratificación por el Poder Ejecutivo. El tratado entra en vigor a partir de la ratificación. No es necesaria una ley posterior que lo incorpore al derecho interno³⁸”.

En la actualidad el derecho a la identidad es reconocido y respetado por nuestra sociedad. La función estatal está comprometida a la identificación y determinación del origen filiatorio de las personas ya sea por el interés particular de los involucrados como el de sus familiares, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento. Por ende, se intentará determinar la identidad biológica del individuo, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres, o los familiares directos de éste último.

3.1.2. TÍTULO Y POSESIÓN DE ESTADO

Los actos familiares participan de la naturaleza de los actos jurídicos, en una relación de especie a género en los términos del artículo 944 del Código Civil; ésta enunciación viene a colación de que éstos actos voluntarios, lícitos con fin inmediato de crear, modificar, conservar e incluso extinguir relaciones familiares, no siempre encuentran su origen en ésta fuente sino que hay casos en que aquellas están directamente determinadas por la ley, que dota de efectos a determinados hechos. (Ejemplo: la maternidad se determina por el parto acreditado de la mujer, sin que sea necesario el reconocimiento del hijo, art.242 del Código Civil).

“Así es que habitualmente se hace referencia al concepto de “título de estado” en dos sentidos: uno es el que alude al instrumento o conjunto de

³⁸<http://dipubaderecho.wordpress.com/relaciones-entre-el-derecho-interno-y-el-derecho-internacional/fecha> de consulta 03/01/2012.

instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona, esto es utilizando la acepción formal. Es decir que se identifica el título de estado con el documento que hace oponible erga omnes el estado de familia y lo prueba (Ejemplo: partida de nacimiento, matrimonio, sentencia). Y la segunda acepción es material, indicando el término título para hacer referencia a la causa de un determinado emplazamiento (Ejemplo: la filiación reconoce como título los presupuestos biológicos que permiten atribuirle al padre y madre), es decir que, todo título formalmente hábil para oponer el estado de familia, presupone un título sustancialmente idóneo que es su causa.

Cabe hacer la aclaración de que si el título formal no se condice con el presupuesto sustancial, puede ser destruido mediante acción judicial según el Artículo 263 Código Civil. Concluyendo que el estado de familia se prueba con el título formalmente hábil expedido por la autoridad competente para hacerlo, y sólo mediante él se hace oponible erga omnes el estado de familia, permitiendo ejercer los derechos y deberes inherentes al mismo.

A posteriori de lo conceptualizado, hay situaciones donde el título de estado existe pero lo que no existe es la posesión de estado (como por ejemplo los cónyuges que están separados de hecho). Pero también es posible que suceda que una persona ejerza en los hechos, derechos y deberes que le corresponden al estado de familia que exterioriza, pero sin título. Diciéndose en éstos casos que hay "posesión de estado" aún cuando no existe un estado de familia.

No obstante, la posesión de estado tiene importante trascendencia jurídica, debido a que, según los casos, permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuvieren emplazados en el estado de familia, reconocen la existencia de los presupuestos del estado, por medio de tales comportamientos. Ello es así que, a través de la conjugación de la normativa civil, la posesión de estado constituye un hecho al que la ley atribuye consecuencias jurídicas.³⁹

En tal sentido puede citarse el art. 256 del Código Civil nos dice que "*la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el*

³⁹ GUSTAVO BOSSERT Y EDUARDO ZANNONI. *Op. Cit.* Pág. 29.

reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexu biológico". Como así también encontramos normas que refieren a que el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario a lo cual expresa el Artículo 257 del Código Civil.

En el derecho argentino, si bien se alude a la posesión de estado a través de diferentes artículos contenidos en el Código Civil, no existe norma alguna que la conceptúen, no obstante dentro de la doctrina, Bossert y Zannoni la definen diciendo, *"que es el emplazamiento en el estado de familia, el cual requiere del título de estado en sentido formal, puesto que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado, creando la posesión un estado aparente de familia.*

Por ende la posesión de estado es el estado aparente de familia y para su existencia se requieren actos que por su reiteración e importancia lleven al convencimiento de que ha existido un trato familiar de padre a hijo. *Si bien algunos hechos aislados no tienen suficiente importancia, la sumatoria de diferentes acciones, aun cuando éstas sean en distintos momentos y no sean constantes pueden definir un comportamiento que demuestren una relación familiar, como es el caso de un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio.*

Es necesario recalcar en base a lo desarrollado en éste punto que, quien ejerce posesión de estado, generalmente, también goza de título de estado, es en el caso del hijo legítimo o extramatrimonial reconocido por su padre, madre o ambos, o los esposos que hayan contraído matrimonio, debiendo éstos actos ser debidamente inscriptos en el Registro Civil y Capacidad de las Personas. Que en igual sentido pero en otros términos podríamos decir que un hijo extramatrimonial cuyo padre se negara a reconocerlo, podrá promover acción de reclamación de estado de hijo y si obtiene sentencia favorable, en ésta se ordenará la inscripción en el Registro Civil; y a consecuencia de ésta inscripción, el sujeto podrá obtener los instrumentos legales que le permitan oponer tal condición.



Concluyendo decimos que *“el estado de familia se probará con el título formalmente hábil. Por ejemplo, el estado de hijo se prueba y se opone erga omnes mediante la partida de nacimiento, sus testimonios o certificados expedidos por el Registro Civil (art. 246, inc. 1, Cód. Civil)⁴⁰”*.

⁴⁰ BOSSERT GUSTAVO Y ZANNONI EDUARDO. *Op. Cit.* Pág 29-30.



-IV-

***PROCEDIMIENTO DE
FILIACIÓN POST
MORTEM***

En éste capítulo se introducirá en el procedimiento específico a seguir a los fines de obtener una sentencia favorable, respecto de la declaración judicial de estado de hijo extramatrimonial post mortem. Es decir, se desarrollaran y caracterizarán los pasos procesales a realizar en post de una resolución judicial que esclarezca ésta situación jurídica hasta ahora incierta. Es decir, deberemos acudir ante un juez competente en la materia, presentándonos como parte en un proceso determinado por las leyes respectivas, e iniciando una acción filiatoria (demanda-pretensión) contra los herederos del difunto y supuesto padre, acompañar y ofrecer las pruebas que hagan a tal petición, seguidamente fundarlas en base al derecho aplicable (alegación) y finalizar solicitando se llamen los autos a despacho (término utilizado en el momento en que la causa está en condiciones de resolver). Y posteriormente, solicitar la registración e inscripción de la Sentencia en el Registro Civil y Capacidad de las Personas”.

CAPITULO 4. PROCEDIMIENTO DE FILIACIÓN POST MORTEM

4.1. PROCESO FILIATORIO

Como se especificará con anterioridad al desarrollar el punto 2.5.1 del capítulo 2, respecto a la determinación de la paternidad, ésta consiste en el esclarecimiento jurídico de la filiación adecuándose a su fundamento natural, que es la procreación.

Para tal cometido, tomamos como punto de partida el Art 254 del Código Civil, que en su segunda parte reza “... los hijos también pueden reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales...”.

Para la óptima comprensión práctica y forense de este tema, se traerá a colación y comentario un caso jurisprudencial *R., Á. E. v. Herederos de E. P.* Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

del 12/3/2008⁴¹, en el que se plantea una problemática análoga al caso que se investiga, en el cual, el actor interpone una acción de filiación extramatrimonial, para obtener el reconocimiento de su padre, pero éste al haber fallecido, lo hace contra los herederos de su presunto padre. Éstos últimos, concomitantemente al enterarse de la existencia de dicha pretensión judicial, creman el cuerpo del difunto, (supuesto padre) y el de todos sus ascendientes (sus progenitores) habiendo transcurrido ya varios años, argumentando luego en la causa judicial, que tales hechos respondieron al perfeccionamiento de la voluntad del causante; sumándose a ello, la complejidad de lidiar con la oposición manifiesta y negativa a realizarse pruebas biológicas por parte de todos los herederos.

Es necesario manifestar la importancia fáctica y jurídica que reviste la jurisprudencia en nuestro campo de acción, puesto que a raíz de casos similares de análogas circunstancias es posible tomarlos como precedentes. "Todo ello en virtud de la unicidad de nuestro sistema jurídico y la virtualidad que asumen las resoluciones judiciales como soluciones y realizadoras del derecho en cuanto interpretan el derecho existente, yendo más allá, puesto que al aplicar y subsumir el derecho vigente como un sistema, se crea una norma particular para un caso igualmente particular. Como así también se pone de manifiesto la difusión y doctrina existente, sintetizándose como la expresión oficial de comentarios y creaciones de principios generales aplicables en los distintos institutos e instituciones jurídicas.

Por ello, se dice que en su acepción más difundida, jurisprudencia significa la forma concordante en que los órganos judiciales se pronuncian al resolver casos similares. El conjunto de fallos así dictados termina por fijar criterios o reglas generales que, como expresión de valoraciones vigentes, son utilizadas por los jueces para justificar el carácter jurídicamente objetivo que deben revestir sus decisiones, y configuran por consiguiente, fuentes del derecho.

La jurisprudencia es una fuente *subordinada* a la ley, pues su función consiste en establecer *especies* que se incluyen o excluyen del marco genérico que aquélla suministra. Por lo demás, hallándose asentada la autoridad de la

⁴¹ www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc, fecha de consulta 10/01/2012

jurisprudencia en la fuerza de convicción que le acuerda la reiteración de fallos dictados en un sentido semejante, y en la consecuente aceptación comunitaria de la doctrina enunciada en los mismos, ella carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley⁴²”.

Y lo que respecta a la doctrina puede decirse que “entiéndase por el conjunto de obras destinadas a la exposición científica de alguna rama del derecho, en general, o de alguna institución o problema jurídico en particular. Toda esa producción, generalmente escrita, a la que también se ha dado en llamar derecho científico o derecho de los juristas (*juristenrecht*), reviste una señalada importancia en todos los grados de la creación jurídica. Por lo pronto, dada la complejidad y dispersión de los datos jurídicos que son propias del mundo contemporáneo, resulta poco menos que imposible prescindir de la tarea que llevan a cabo los juristas en el sentido de ordenar y clasificar el material normativo y jurisprudencial existente, reduciéndolo a principios generales que facilitan, a los órganos judiciales y administrativos del Estado, la inmediata identificación de los casos que se someten a su decisión. Finalmente, la doctrina hace sentir su fuerza a través de la crítica de los fallos judiciales, midiendo desde ese ángulo el desacierto o la injusticia de determinada orientación jurisprudencial, y advirtiendo acerca de sus eventuales repercusiones sociales, políticas o económicas.⁴³”.

4.1.1. JUEZ COMPETENTE - NOCION DE COMPETENCIA EN TERMINOS JURÍDICOS Y LA NECESIDAD DE INTERPONER LA ACCION FILIATORIA ANTE JUEZ COMPETENTE

Para introducirnos en uno de los conceptos más básicos pero a la vez complejos, en lo que hace a la admisibilidad y viabilidad formal de una pretensión determinada, debemos individualizar la competencia y por ante quién deberá ventilarse la misma.

⁴² AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, 2006. Introducción al derecho. (5). Bs As. edición. Ed Abeledo Perrot pág. 340.

⁴³ AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, *Op. Cit.* pág.372.

Al hablar de competencia judicial, se alude a que “entre los órganos del Estado, los órganos judiciales se caracterizan por el hecho de hallarse investidos de la potestad consistente en satisfacer las pretensiones o las peticiones extracontenciosas que pueden constituir el objeto de un proceso. Siendo esa potestad única y privativa, y ningún impedimento de principio se opondría a la vigencia de un sistema legal en cuya virtud las partes o peticionarios estuviesen facultados para formular toda clase de pretensiones o peticiones ante cualquier órgano judicial. Sin embargo, existen circunstancias relevantes como son la extensión territorial del Estado, la diversa índole de las cuestiones susceptibles de ventilarse judicialmente, y la posibilidad de que los asuntos sean reexaminados en instancias superiores, imponen la necesidad de distribuir el ejercicio de la función judicial en forma compatible con la existencia de dichas circunstancias”⁴⁴.

“Ésta necesidad de repartir el trabajo entre los distintos órganos judiciales determina la formulación de reglas legales tendientes a satisfacerla y nos enfrenta con el concepto de *competencia*, a la que cabe definir como la capacidad o actitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso. Por ello, la noción de competencia viene de tal manera a integrar y precisar el extenso ámbito de atribuciones que es consustancial a la idea de potestad judicial, pues una vez establecido, de acuerdo con las normas vigentes, que los órganos judiciales del Estado están facultados para conocer de una determinada pretensión o petición extracontenciosa, las reglas de competencia fijan en concreto cuál de dichos órganos debe conocer en el asunto con exclusión de los restantes. La competencia se presenta, en ese orden de ideas, como la *medida* de la función judicial⁴⁵”.

La competencia se determina, en cada caso en concreto, de conformidad con las normas vigentes y el estado de hecho existente al tiempo de iniciarse al proceso. En el mismo sentido, debe estarse, por otra parte, a los elementos integrantes de la

⁴⁴ ALSINA HUGO. 1962. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T II (2). Bs As. Ed. Ediar Sociedad Anónima Editores, pag 511

⁴⁵ PALACIO, LINO E. 1998. Manual de Derecho Procesal Civil, (14), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 773.

pretensión y no al contenido de las defensas deducidas, ya que éstas no alteran el objeto del proceso y sólo inciden en la delimitación de las cuestiones litigiosas.

Esto es así, que en Córdoba, se han creado Tribunales de Familia especializados, los cuales, entre otras cuestiones, entienden y poseen competencia respecto a asuntos de estado de familia, concretamente cuestiones filiatorias; ello conforme art. 16 inc 7 de la Ley 7676 de Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba.

En el caso de la filiación post mortem, propósito de la investigación, entenderá la Cámara de Familia, la cual se rige por el art. 20 inc. 1º de la Ley 1616, el cual expresa que el procedimiento a llevar adelante, será de instancia única, debiendo ser el juicio oral, continuo y reservado.

En relación a la competencia, y en el caso concreto planteado, existe un conflicto de competencia que surge a raíz de que el supuesto progenitor ha fallecido y, hay abierta ya una sucesión. Se habla de conflicto porque es en ésta situación procesal, en la que se discute cual sería el juez competente para esta causa (filiación); habiendo dos alternativas: si es competente el juez de la sucesión (Tribunal Civil) o debería entender un juez de Familia (Cámara de Familia).

Es oportuno mencionar que “la sucesión es un proceso universal, por naturaleza, y cualquiera sea su carácter (*ab intestato*, testamentario o de herencia vacante), el art. 3284 del Código Civil prescribe que ante el juez del último domicilio del difunto es el competente para conocer en dicho juicio; provocando así el efecto del llamado fuero de atracción, que es la asignación de competencia hecha en favor del órgano que conoce en un procesal universal (sucesión, concurso o quiebra), con respecto al conocimiento de cierta clase de pretensiones vinculadas con el patrimonio o los derechos sobre que versa ese proceso; esto es que salvo excepciones expresas, todas las demandas iniciadas y a iniciarse, deberán ser o continuar por ante el juez que entiende en la sucesión abierta, por ello se dice universal, porque comprende el todo de una persona”⁴⁶.

⁴⁶ PODETTI RAMIRO J. 1973. *Tratado de la competencia*. T I. Bs. As. ed Ediar SA. pág. 482.

Sin embargo, en la cuestión que se discute en la presente investigación, por su especificidad y fundamentalmente por el procedimiento y las pruebas concretas a realizarse, conforma una de esas excepciones mencionadas, y el juez que conocerá en ésta causa desde comienzo a fin será el de familia; aunque exista una sucesión en curso con todas las consecuencias fácticas y jurídicas que ésta significa. No obstante, por el alcance de éstas consecuencias al constituir un núcleo de orden público, al finalizar la tramitación del juicio de filiación post mortem, la sentencia se deberá presentar ante el juez de la sucesión para que éste proceda según se peticione oportunamente.

Esto puede traducirse, expresándose la importancia que reviste un heredero forzoso en la continuación de la persona del causante, puesto que éste efecto se produce a través de la acreditación fehaciente y participación en el proceso sucesorio por parte de quienes detentan la calidad de herederos. Pero ésta aparición en el proceso sucesorio, en ésta investigación, se debe a la existencia de una sentencia declarativa de estado de hijo emanada de un juez competente, fruto de la acción de filiación post mortem articulada por quien se decía hijo extramatrimonial del causante. Pasando luego, el supuesto hijo, a ser heredero forzoso junto a los que ya existían como conocidos legal y socialmente.

Asimismo en el hipotético supuesto de que se iniciaran los dos juicios en forma simultánea, se le deberá informar al juez de la sucesión que, existe una filiación en trámite. Cabiendo destacar que los hijos son herederos forzosos, y por lo tanto, en cualquier momento pueden pedir su cuota parte hasta incluso accionar contra los demás herederos si ya se hubiese realizado la partición de los bienes.

4.1.2. LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE ESTADO (FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL)

4.1.2.1 NOCIÓN DE LEGITIMACIÓN

“En el vocabulario común, la acción se identifica con el derecho a la tutela judicial efectiva, que tradicionalmente se ha venido denominando derecho a la

jurisdicción o derecho de acceso a los tribunales. No obstante, sin incursionar detalladamente en las distintas concepciones de la acción lo que queda en claro es que la acción no se identifica con el derecho que en ella y con ella se pretende, ni es la mera prolongación procesal de ese derecho, que puede no ser tal. Acción es algo independiente, que cuenta con arraigo constitucional.

Por ello el sentido de la frase quien tiene derecho, tiene acción, ha de significar que quien invoca un derecho en juicio, debe tener acción, para que el juez tramite el proceso a cuyo término quedará establecido si en verdad era titular del derecho alegado, o no lo era, de tal manera que hay que independizar la acción del derecho que postula quien ejerce la acción.

Debiéndose a que, no es exacto definir la acción como el derecho a defender en juicio un derecho, ya que al momento de interponer la acción es prematuro dar por cierto que mediante ella se da cauce procesal a un derecho, que quedará o no declarado, reconocido o constituido cuando el proceso finalice con la sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Por lo que se infiere que el derecho sustancial alegado a través de la acción, necesita adquirir certeza o rechazo después de tramitado el proceso, con la sentencia firme, y ello alcanza y sobra para visualizar la acción no sólo con independencia del derecho sustancial, sino como un derecho autónomo, consistente en la capacidad del justiciable de acudir ante un tribunal para que éste le resuelva la pretensión que articula en el proceso. En otras palabras, la acción alude al derecho a obtener la prestación de justicia involucrada en la función propia de los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la administración, la impartición o el servicio de justicia; de allí que procesalmente se habla de legitimación procesal o sustancial, según pueda ser parte en un proceso determinado o detente la calidad de titular de derecho respectivamente. Como así también de legitimación activa (actor-demandante) y pasiva (demandado)⁴⁷.

⁴⁷http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_XX_Encuentro_IPDP_AMeroi_1.pdf fecha de consulta 12/02/2012.

4.1.2.2 LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE ESTADO

Como ya se adelantó en el desarrollo del capítulo de la Filiación, las acciones de filiación o reclamación de estado de familia, constituyen una especie de las acciones de estado. Su finalidad puede ser la de obtener el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre emplazando en el estado correspondiente, o la de aniquilar un título de estado de hijo y sus correlativos de padre o madre desplazando a las personas que detentaban un estado que no es el suyo. Ambas son declarativas de un supuesto de hecho que las precede y que consiste en la existencia o inexistencia del nexo biológico de la generación.

“La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial persigue su determinación, en cuanto paterna o materna, para obtener el título de estado del que el accionante se encuentra privado.

Por ello es que conforme al artículo 251 del Código Civil el cual nos dice que *el derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción no por su renuncia expresa o tacita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.* Estas acciones son: *Imprescriptibles*, por que la norma es justa dada la imprescriptibilidad del estado de familia y la esencia biológica de la generación, pero la ley preve la caducidad de las acciones para definir el estado, en determinados casos, por razones de seguridad jurídica. *Irrenunciables*, no se extinguen por renuncia expresa o tacita. *Los derechos patrimoniales adquiridos son prescriptibles y renunciables*, ello deriva de la alienabilidad de los derechos patrimoniales, en general, incluidos los emergentes del estado de familia⁴⁸”.

Consecuentemente, encontramos el artículo 254 del Código Civil el cual expresa que los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales. Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por el o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz. Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la

⁴⁸ BOSSERT GUSTAVO A. ZANNONI EDUARDO A. 1992. Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Bs As. Ed. Astrea. Pág 213.

mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Por lo expuesto, en éste caso en concreto, los hijos son quienes pueden reclamar su filiación, a través de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, y contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de sus padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Es decir que, la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial procede siempre que esta no se encuentre determinada, es decir que no medie reconocimiento del hijo, y son los sujetos activos legitimados de ésta acción el hijo y sus herederos. Y los padres y los herederos de los padres son los sujetos pasivos de la acción. Debiéndose aclarar que en el supuesto de que hayan fallecido el/los progenitores extramatrimonial/es, la acción puede entablarse contra sus sucesores universales, entendiéndose por esta expresión a los llamados a la sucesión mortis causa con vocación al todo, es decir, herederos. En la demanda por filiación extramatrimonial se deducirá contra los sucesores universales del progenitor alegado difunto. La legitimación pasiva de los herederos se funda en texto legal expreso, no en la transmisión hereditaria en si

Asimismo, éstas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo y sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o, entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años de que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, le corresponderá a sus herederos continuar con la acción por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

4.1.3 MEDIDAS CAUTELARES

Es oportuno adentrarnos aquí en un instituto jurídico denominado genéricamente “medida cautelar”, que si bien no se relaciona directamente con el núcleo central del tema investigado, resulta ser una necesaria y útil herramienta jurídica procesal, puesto que a través de ella y su procedencia, se posibilita el hecho de preservar el estado actual de las cosas, ya sea por razones de peligro en la demora, comportamiento de los demandados, naturaleza de las cosas, o tardía realización del derecho.

En otras palabras, Palacio expresa y define éste instituto como *“aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”*⁴⁹.

En este caso la medida cautelar pretenderá asegurar que la prueba biológica pueda ser llevada a cabo con éxito evitando que puedan desaparecer los objetos sobre los cuales recaerá el ADN (restos humanos); que concretamente corresponderá solicitar que se ordene una medida de no innovar el estado de las cosas.

Para el Dr. Alsina, *“resulta que la prohibición de innovar puede ser definida como la medida precautoria por la cual se tiende al mantenimiento de la situación de hecho o de derecho al momento de ser decretada”*⁵⁰ es decir que el ordenamiento o el mandamiento consistirá en abstenerse de alterar la situación de hecho existente mientras dure el proceso, es decir, evitar que los familiares directos tengan plena disposición de los restos cadavéricos del difunto para que el cuerpo sea conservado evitando así la cremación del mismo, hasta la realización de la prueba de ADN.

⁴⁹ PALACIO, LINO E. *Op. Cit.* págs. 773-774.

⁵⁰ ALSINA HUGO. *Op. Cit.* 518.

4.1.4 ETAPA PROBATORIA

Bajo ésta denominación procede la apertura de la segunda etapa procesal, luego de la admisión de la demanda y su contestación en forma por parte de los demandados, así como también la petición de la medida de no innovar solicitada; pudiéndose decir que, en este momento procesal, las partes deberán ofrecer y producir las pruebas que sustenten a los derechos o hechos que en sus escritos invocan, a los fines de posibilitar su probanza.

Según nuestro Código Civil en su art 253, en las acciones de filiación se admitirá toda clase de prueba incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas por el tribunal o a petición de parte.

En las acciones de filiación post mortem, la prueba cumple un rol preponderante en la acreditación de la existencia o no del patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos. Por lo que el objeto de la prueba en las acciones de filiación es siempre el nexo biológico paterno-materno-filia.

Para la demostración del vínculo de sangre se admite cualquier medio de prueba, y en consonancia puede citarse el artículo 4° de la ley 23.511, creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos con la finalidad de obtener y almacenar información genética para la determinación y esclarecimiento de conflictos de filiación, dispone: "*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicara el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia*".

En esta causa lo que se demandará será la paternidad extramatrimonial, para lo cual, dentro de lo que deberemos demostrar previamente será, entre tantas otras, la maternidad; y consecuentemente a ello acreditar que el presunto padre es el hombre que tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, y posteriormente el vínculo consanguíneo mediante pruebas científicas o pruebas biológicas.

"Encontrándose determinada la filiación materna y ante la imposibilidad de demostrar directamente el hecho de la generación por el demandado, el objeto de

prueba se desplaza al de los resultados de las biológicas que lo hagan evidente y/o al de circunstancias que permitan inferirlo como son las relaciones íntimas del demandado con la madre”⁵¹.

Por lo tanto para llevar adelante el juicio de filiación, se deberá presentar conjuntamente con la demanda, la prueba documental o indicar donde se encuentra en el caso de no poseerla. Paso seguido, se procederá a la notificación de la demandada de filiación incoada a los demandados (herederos del fallecido presunto padre), por lo que en éste contexto, luego se estará en condiciones de peticionar al juez que ordene la apertura a prueba de la causa; la cual será proveída a través de un decreto que ordena a las partes a diligenciar las pruebas ya mencionadas en sus escritos principales o que amplíen ofreciendo otras pruebas aparte de las mencionadas, conforme al procedimiento aplicable.

“Para el cumplimiento de tal cometido, las partes detalladamente, deberán presentar un escrito judicial en el que mencionen u ofrezcan las pruebas a realizarse a los fines de la probanza de los hechos y derechos invocados; escrito en el cual, en éste caso la parte actora enumerará las pruebas consistentes en testimonial, pericial biológica, ADN con solicitud de exhumación del cadáver del padre biológico fallecido indicando el cementerio, la localidad, la fecha de la sepultura, identificación de la sepultura (verificar exactamente la manzana, esquina y tablón, para localizar las fosas. Confeccionar un acta. Fotografiar la tumba, sus inscripciones y la de las tumbas vecinas) identificación de féretro (consignar la profundidad del hallazgo, se describe también el tamaño, tipo de madera, color, placas e inscripciones por medio de fotografías, adornos, número de paneles y número de asas).estado del féretro: (si es de madera consignar: intacto-descoyuntado-tapa rajada-rotta hundida-anegado de agua y barro, si es metálico consignar: intacto-abombado-estallado)”⁵².

Luego de presentar el ofrecimiento de la prueba, el juez será quien decretará el diligenciamiento de la misma, estableciendo el tiempo y las formas a llevarse a cabo, es decir, que fijará audiencias para recibir la prueba testimonial y confesional si

⁵¹MÉNDEZ COSTA MARÍA JOSEFA. 1986. La filiación. Ciudad de Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni. Pág. 282.

⁵² http://www.csjn.gov.ar/cmfcuadernos/1_3_153.html. Fecha de Consulta 29-10-2011

estuviese ofrecida, y respecto a las periciales, ordenará se proceda al sorteo del perito en la especialidad pertinente (médico-forense-patólogo), esperándose luego la aceptación del cargo por parte del perito saliente; y una vez reunidos éstos pasos, el juez designará día y hora de audiencia a los fines de llevar a cabo los puntos de pericias ofrecidos por la parte procesal.

4.1.4.1. INDICIOS Y PRESUNCIONES

Es inevitable mencionar que dentro del abanico de los medios de prueba que existen, encontramos los indicios y presunciones, expresando la doctrina que para la fundamentación de una sentencia sustentada en la prueba de indicios es necesario el análisis en conjunto de "todos" los indicios y no "uno" en cuestión, y tampoco en forma separada o fragmentaria ya que es probable que los indicios individualmente considerados no sean importantes, imponiéndose su análisis en conjunto, a los efectos de verificar que no sean equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas. Que deviene lógico que un solo indicio representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones le nieguen el valor de plena prueba al indicio contingente único, en oposición a lo admitido lógicamente para el indicio necesario⁵³". Que junto a las presunciones legales existen otras, denominadas presunciones simples, judiciales o de hombre, las cuales consisten en el argumento que partiendo de un hecho conocido y valorándolo a la luz de las reglas generales de experiencia, conduce al juez al convencimiento de la existencia de un hecho desconocido.

Sirviéndonos ésta breve introducción, para citar la ley 23.511, la cual dispone en la segunda oración del primer párrafo de su artículo 4º: "*La negativa a someterse*

⁵³ HERNANDO D. ECHANDIA, Teoría General de la Prueba Judicial. T II. Bs As. ed. Zabalía. Pág. 651.

a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

Palacios define al indicio como un suceso que por si solo no tiene valor alguno, es un hecho aislado, pero cuando se relaciona con otros, la consecuencia que se obtiene de la relación de éstos hechos aislados constituye una presunción. *"Las presunciones, constituyen el resultado de una labor intelectual del Juez tendiente a extraer conclusiones de los hechos conocidos (indicios) para inferir la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido"*⁵⁴.

El proceso formativo de la presunción se presenta de tal manera al juez que, tomando como punto de partida uno o más hechos básicos denominados indicios, seleccionando luego, por valoración, una regla de experiencia que acuerde a esos hechos un determinado sentido, y deduciendo, por último, a través de esa confrontación, la existencia del hecho que se intenta probar.

Por ello, como se expusiera precedentemente, en éste juicio de filiación, el criterio valorativo en la apreciación de la prueba ha de ser restrictiva. Los indicios deben apreciarse en su conjunto. No todos tienen el mismo valor. En el caso *R., Á. E. v. Herederos de E. P* Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza del 12/3/2008, los recurrentes sostienen que la negativa al sometimiento de la prueba biológica constituye sólo un indicio no una presunción⁵⁵.

4.1.4.2 PRUEBA DOCUMENTAL.

Es necesario para comenzar conocer que *"Documento se denomina a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza"*⁵⁶.

En nuestro caso puntal de tratar de confirmar si existe o no un nexo filial entre el causante y la parte actora sería de gran importancia que por medio de cartas,

⁵⁴ PALACIO LINO ENRRIQUE. T V. *Op. Cit.* Pág. 451

⁵⁵ ⁵⁵ www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc. fecha de consulta 10/01/2012

⁵⁶ PALACIO LINO ENRRIQUE. T V. *Op. Cit.* Pág. 423.

de fotos, o si existiere algún testamento en el cual se nombrase al supuesto hijo nos sería de gran ayuda para poder acercarnos más a la verdad, pudiendo así demostrar si se gozaba la posesión de estado de hijo.

La posesión de estado puede resultar relevante en las acciones de reclamación de la filiación deducidas post mortem, pues la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico según ley 23.264. De manera que si el actor, imposibilitado de obtener la realización de las pruebas biológicas; fuere mediante la exhumación del cadáver del padre alegado o la realización de ellas con la cooperación de otros parientes, probase que gozó de posesión de estado de hijo, esta prueba suplirá, en principio a aquéllas, e invertirá la carga de probar.

“Y aun cuando no hubiere existido posesión de estado de hijo, si el actor probase el concubinato o convivencia de hecho de la madre con el padre alegado durante el tiempo de la concepción, se presumirá su paternidad, salvo prueba en contrario. También en este caso se invertirá la carga de la prueba y pesará sobre la parte demandante. Difícilmente un único hecho bastara para configurarla, se requerirá un comportamiento integrado por muchos de ellos, recíprocos, concurrentes, coherentes entre si, constantes, inequívocos, que el juez apreciara con prudente realismo.

La posesión de estado es eficaz como acreditación de la filiación, pero no quita que lo indispensable sea demostrar el nexo biológico. Consiste en el ejercicio factico de los deberes y derechos constitutivos del contenido de las relaciones familiares, en el goce de hecho de un determinado estado de familia, con o sin emplazamiento formal, exteriorizado en acciones o conductas que evidencian asumir las facultades y obligaciones derivadas del rol familiar, es un modo de expresar la paternidad o maternidad, una situación de hecho representativa y presuncional. Requiere que se ponga en evidencia el trato público. La posesión de estado es una

circunstancia demostrativa de la existencia del vínculo biológico y un importante sustento de la acción de reclamación⁵⁷”.

4.1.4.3 PRUEBA TESTIMONIAL

Dentro de la etapa probatoria otra de las pruebas es la prueba testimonial, la cual es el acto mediante el cual una persona le informa al juez de lo que sabe de ciertos hechos. “*El testimonio con valor probatorio es aquel referido a un hecho que el testigo ha conocido a través de sus sentidos y a deducido de sus percepciones.* El testigo debe ser una persona capaz, mayor de catorce años y extraño al proceso⁵⁸”.

En la filiación post mortem la prueba testimonial enfrentará los sucesos de las dos partes, las cuales deberán primordialmente declarar si conocían una relación existente entre la madre del hijo que pretende el reconocimiento filiatorio y el supuesto padre en la época de la concepción, entre tantas otras preguntas que apunten a determinar si es posible que la persona demandada sea el presunto progenitor. Esta prueba es importante pero insuficiente la cual deberá ser fortalecida por otras clase de prueba que tengan mayor certeza como es la prueba biológica.

En el caso *R., Á. E. v. Herederos de E. P.* Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza del 12/3/2008⁵⁹ se analiza el testimonio de la madre del actor considerando que su testimonio resulta fundamental en el proceso. Quien argumentó “... que es hijo de A. A. R., quien ingresó a trabajar a la B. F., donde trabajaba como enólogo E. P.; entre ellos nace una relación amorosa, quedando su madre embarazada. También por dichos de su madre conoce que el presunto progenitor quiso reconocerlo, pero se opusieron sus abuelos, asimismo, su madre le contó que en algunas ocasiones el Sr. P. los visitaba y ayudó materialmente...”. También fueron valorados otros testimonios los cuales coincidieron en que el Sr. P. y la Sra. R. tuvieron una relación sentimental y que ese trato era público.

⁵⁷ <http://trabajadorjudicial.wordpress.com/prueba-de-la-posesion-de-estado/> fecha de consulta 12/01/2012.

⁵⁸ PALACIO LINO ENRIQUE. T V. *Op. cit.* Pág 473.

⁵⁹ www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc. fecha de consulta 10/01/2012

4.1.4.4 PRUEBA PERICIAL

Es un medio de prueba que procede a pedido de parte o cuando el tribunal lo crea necesario para *“la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez”*⁶⁰. De allí la necesidad de que este último sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, y a quienes se denomina peritos⁶¹.

Se trata de una prueba ilustrativa, producida por personas extrañas al proceso y referidas aun hecho controvertido a los fines de establecer la existencia, causa y efecto.

4.1.4.4.1 LA PRUEBA BIOLÓGICA

La noción de pruebas biológicas se encuadra dentro del género pruebas científicas. De este modo, puede definirse a las pruebas biológicas como *“las pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos trasmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas”*⁶².

Este avance se logró en los últimos veinte años dándonos la posibilidad de poder conocer la herencia genética que toda persona recibe de sus padres, demostrando indiscutiblemente la existencia de un vínculo consanguíneo entre dos personas. El Art. 253 hace una referencia sobre las pruebas biológicas, las cuales

⁶⁰ PALACIO LINO ENRIQUE.T V. *Op. Cit.* Pág 493

⁶¹ art. 457 CPN establece que "será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiriere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada".

⁶² MIDÓN MARCELO S. 2005. Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre del derecho. Mendoza. Ed. Jurídicas. Pág 30.

pueden ser ofrecidas por las partes y dispuestas de oficio por el juez, para poner en evidencia la existencia o no del vínculo de sangre.

En la actualidad, dos pruebas biológicas constituyen el centro de atención científica: las basadas en el diagnóstico inmunogenético (conocido como sistema HLA) y las huellas genéticas, que mediante el procedimiento de la electroforesis, se hace de segmentos o secuencias del ácido desoxirribonucleico (ADN). Sin embargo, además de las anteriores existen diferentes tipos de pruebas a tener en cuenta que se pueden utilizar para poder comprobar la existencia de un vínculo filiatorio.

4.1.4.4.1.1. TIPOS DE PRUEBAS BIOLÓGICAS

Prueba antropológicas: se basan en la comparación física entre el reclamante y los padres alegados, en los caracteres físicos que se pueden haber transmitido de padre a hijo, comenzando desde el cuero cabelludo hasta los pies, siendo más de trescientos los puntos comparables entre ellos. Dado que la semejanza de algunos de estos puntos y sobre todo en los rasgos no tan comunes, podemos estar en presencia de un indicio a la probable existencia del vínculo filial.

“El ADN mitocondrial surge de su capacidad para expresar resultados aún en presencia de ADN nuclear muy escaso o seriamente deteriorado, al que se suma la presencia de igual estructura genética mitocondrial en todas las generaciones que comparten un mismo linaje materno, circunstancia que responde a su transmisión hereditaria sólo por vía materna y sin sufrir modificaciones en su pasaje de madres a hijos. También resulta significativo, desde el punto de vista identificador, su presencia en células sin núcleo (anucleadas), como son las que componen el tallo del pelo⁶³.”

“El cabello contiene células en la corteza localizada en la raíz la cual está conectada a la piel mediante el folículo piloso. El tallo del cabello no contiene células y no puede ser utilizado para un análisis de ADN. Sin embargo, si el cabello que se posee para el análisis aun lleva consigo la raíz intacta entonces este es óptimo para ser analizado y llevar a cabo una prueba de paternidad. Como mínimo

⁶³ http://www.csjn.gov.ar/cmfcuadernos/1_1_1.html Fecha de consulta 10/11/2011

se han de obtener 6-8 pelos ya que la mayoría serán destruidos para el análisis y no se puede llevar a cabo una prueba conclusiva con un solo pelo.

El ADN mitocondrial no se encuentra en el núcleo celular ya que esta en el tallo del cabello, por lo tanto el pelo sin raíz sólo puede ser utilizado para la prueba mitocondrial o prueba de linaje ADN materno. Si lo que se busca es determinar una descendencia por linaje materno cualquier tipo de cabello puede ser analizado ya sea del cuero cabelludo, zona púbica o cualquier otro vello corporal sin importar la existencia de la raíz en estos.

Así pues podemos concluir que dado a la tasa de probabilidad de extracción de un perfil de ADN analizando muestras de cabello (con raíz) es tan solo 65%, para un análisis de Paternidad”⁶⁴. Será más certero utilizar otro tipo de muestras más fiables como es la prueba de ADN por extracción de sangre o muestras de tejidos cadavéricos en el caso de realizarse el análisis a una persona fallecida.

- Prueba de enfermedades hereditarias: coincidiendo en ambos, existen diferentes enfermedades que se pueden haber heredado de padre a hijo, entre tantas, como pueden ser labios leporinos, pies planos, epilepsia, hemofilia, daltonismo. Siendo esta prueba similar a la anterior ya que nos da una posibilidad que exista el vinculo, pero deberá ser acompañada de una prueba de mayor certeza.

- Prueba Hematológica: dentro de esta prueba se agrupan diferentes estudios sobre las características sanguíneas de las personas interesadas.

- Estudio de los grupos ABO, los cuales se explicitan por la presencia de los antígenos denominados A y B (los cuales pueden coexistir) o si ellos faltan O.

Es decir se distinguen cuatro grupos sanguíneos en la población humana (A, B, O y AB) que dependerán del tipo de antígeno que se presente en los glicanos, proteínas y lípidos de las membranas de los eritrocitos.

⁶⁴ <http://www.prueba-de-paternidad-mexico.com.mx/index.php/pruebas-de-paternidad-usando-pelo/>
03/11/2011

“Los antígenos presentes en los hematíes permanecen inalteradas a lo largo de la vida del sujeto. Dichos antígenos o factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse también en el padre o en la madre”⁶⁵.

La prueba sanguínea podrá resultar positiva o negativa.

“Si fuese positiva, ésta compatibilidad sólo indicará una posibilidad, sin valor absoluto por sí sola, pero que podrá ser apreciada por el juez como un indicio de presunto vínculo de filiación real. Creando en el juez una fuerte presunción, debido a la gran probabilidad que implica el hecho de que existan concordancias en los diversos sistemas estudiados”⁶⁶.

Si la prueba fuese negativa, será confirmatoria de la exclusión de una persona como padre de otra. Esta incompatibilidad verificará incuestionablemente la inexistencia de nexo filial, además que destruirá cualquier presunción que hubiera podido surgir de los hechos.

También el estudio del factor Rhesus, conocido como Rh, el cual se puede manifestar en forma positiva o negativa, combinándose este estudio con el anterior.

- Estudio del factor M y S, el sistema Kell-Cellano, el sistema Duffy el sistema Lewis, entre tantos otros. Permitiendo cada uno de estos sistemas determinar incompatibilidades, con lo cual se puede acreditar la exclusión o bien si existiere compatibilidad se incrementará el porcentaje de probabilidades del vínculo filiatorio. Pudiendo ser estudiadas también las proteínas séricas y la estructura de los cromosomas.

Estudios de los Antígenos de Histocompatibilidad, denominado HLA, el cual se fundamenta en la posibilidad de rechazos de tejidos que se produce cuando dos personas no poseen la misma sangre.

“Los antígenos humanos leucocitarios (HLA) representan el mayor complejo de histocompatibilidad conocido en el hombre, el cual tiene una probabilidad de paternidad del 98,35%”⁶⁷. Esta prueba en el caso que se reclame la filiación alcanza esta certeza casi total; ahora bien cuando se pretende un

⁶⁵ ZANNONI EDUARDO. 1989. Derecho de familia, T 2 (2º). Buenos Aires, Ed Astrea, pág.453.

⁶⁶ ZANNONI EDUARDO. *Op.cit.* Pág. 455.

⁶⁷ <http://exa.unne.edu.ar/bioquimica/fisiologia.humana/%20GS.pdf>. 10/11/2011

desplazamiento del estado de familia resultan infalibles respecto de la exclusión de la paternidad.

“En el caso de que el padre estuviese muerto, la prueba se les puede hacer a los supuestos abuelos paternos, ya que el índice de abuelismo permite llegar también al vínculo de paternidad. Sin embargo, además podría ser el padre de la criatura un hermano del demandado, por lo cual la prueba de HLA deberá fortalecerse con la prueba de las relaciones entre el demandado y la madre de la persona, o de la posesión de estado”⁶⁸.

- Prueba de ácido desoxirribonucleico ADN: consiste en determinar el material genético que tiene una persona comparándolo con el de su progenitor. Ya que cada persona recibe el 50% de la genética de sus padres.

Es un diagnóstico final con una prueba de paternidad muy precisa, y los resultados a los que se llegan le dan la probabilidad de paternidad mayor a un 99.9% de inclusión o un 0,01% exclusión.

⁶⁸ BOSSERT GUSTABO– ZANONNI EDUARDO, *Op cit* .Pág. 101.



-V-

PRUEBA DE ADN

“Luego de haber conocido como es el proceso de la filiación post mortem terminaremos nuestro camino conociendo como culmina esta investigación por medio del ADN”

CAPITULO 5. PRUEBA DE ADN

5.1. PRUEBA DE ÁCIDO DEXOXIRRIBONUCLEICO

El ADN es una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética, y se encuentra conformando los cromosomas de todas las células.

"Su estructura fue establecida en el año 1953 por Watson y Crick. De acuerdo con este modelo, el ADN es una macromolécula compuesta por tres unidades: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fosfórico) y cuatro bases nitrogenadas (las purinas y las pirimidinas)"⁶⁹.

"La información heredable está constituida por los genes, segmentos o unidades discretas de la molécula de ADN que codifican una proteína específica, cuya información define o modifica rasgos biológicos, ya sean estructurales o funcionales.

"Los genes están organizados en estructuras denominadas "cromosomas", formados por la condensación del ADN. En los seres humanos existen veintitrés pares de cromosomas conformados aproximadamente por 60 mil genes". "Un bloque de veintitrés cromosomas es heredado de la madre y otro del padre. Los genes ocupan en los cromosomas posiciones específicas llamadas loci. En un mismo loci podemos encontrar diferentes variantes o alelos de un mismo gen"⁷⁰.

Este proceso de investigación se realiza por medio de la extracción de sangre, aunque también podrá llevarse a cabo mediante materias orgánicas como es el cabello, semen, piel entre otras.

⁶⁹ CHIERI, PRIMAROSA Y ZANNONI, EDUARDO, 1999. Prueba del ADN. Ciudad de Buenos Aires. Ed Astrea pág. 5.

⁷⁰ FURNES CLAUDIA, LANDI CAROLI, NICOLORICH MARIA VIRGINIA, CHIALINA SERGIO, SOLÍS EDITA. 2005. Pruebas Biológicas en Filiación de Personas. En Filiación Biológica. Colección Temática de Derecho de Familia (3º). Rosario. Ed. Juris. Pág 129.

Obtenida la muestra, y dado que los individuos tienen en un alto porcentaje del mismo código genético, lo que se analizará serán los polimorfismos o diferencias existentes en la molécula, que constituyen la clave de la identificación.

Puede suceder que no podamos realizarle la prueba de ADN al supuesto padre por haber fallecido, en ese caso la prueba se puede hacer a la familia directa ya que para relaciones entre hermanos y abuelos los resultados son concluyente en un rango que oscila entre un 90% de inclusión o un 15% exclusión.

Dichas pruebas deberán ser llevadas por laboratorios especializados que cuente con los profesionales idóneos para llevar adelante el proceso de investigación concerniente a esclarecer la verdad mediante su trabajo. El laboratorio deberá contar con genetistas, hematólogos, bioquímicas, y expertos en estadísticas. Cuando ya fue designado, para que realice dicha prueba, su representante deberá informar las técnicas y las tablas estadísticas que se utilizarán.

En el caso de las extracciones de muestras de sangre los intervinientes deberán identificarse a través de sus respectivos documentos de identidad, siendo individualizados cada uno de ellos para que no se produzcan confusiones al respecto.

En los dictámenes corresponderá señalar las razones por la que se establece la exclusión del vínculo alegado o el porcentaje de probabilidad de inclusión de dicho vínculo.

En materia probatoria, es útil indicar que, conforme a los principios que sustentan todo proceso judicial, principalmente el de defensa e juicio; durante la producción de todo tipo de prueba, ambas partes (actor y demandado) poseen facultades y derechos para controlar y reexaminar las pruebas que se agregan a la causa. Esto es lo que comúnmente se denomina comunidad e indivisibilidad de la prueba.

Esto adquiere relevancia, en aquellos casos en los que por cuestiones fácticas no puede volver a realizarse una determinada prueba por segunda vez. (Ejemplo, cuando debe destruirse un objeto).

Por otro lado, y sustentado en los mismos principios enunciados, para preservar el derecho de defensa, en pruebas en las que interviene un perito calificado oficial, entendiéndose por tal, al que resulta sorteado del listado de profesionales

inscripto en Poder Judicial en la materia que versa el juicio y que acepta el cargo; las partes individualmente pueden designar un perito de parte (esto es en contraposición al perito oficial) al ofrecer la prueba pericial, a los fines de que controle lo practicado por el perito oficial en virtud de los conocimientos específicos que posee.

En el supuesto caso que, las muestras tomadas no coincidieran o arrojasen algún tipo de error, se procederá a realizar un nuevo examen y estudio, para el control y exactitud del resultado. Como así también es posible que las partes no estén conformes respecto a los resultados que arribe el perito oficial, por lo que podrán ser impugnados a través de conclusiones y datos objetivos brindados por la labor del perito-parte encomendado.

5.2. PADRE FALLECIDO. EXHUMACIÓN DE CADAVER

Las pruebas biológicas particularmente la del ADN, como se ha nombrado anteriormente se podrá hacer al presunto padre y si el hubiese muerto a sus parientes. Pero se ha planteado la posibilidad de que las pruebas se perfeccionen obteniendo las muestras del cadáver del presunto padre, para lo cual se necesitará la exhumación del cuerpo, siendo necesaria una orden judicial.

Claro que optando por la extracción de sangre de familiares directos del difunto se evitarían los gastos que suponen la exhumación del cadáver, pero éste estudio no permitirá arribar a conclusiones mucho más seguras, el juez podrá disponer el análisis de material cadavérico. Solicitando a que se oficie a CEPROCOR⁷¹ encargado de analizar las pruebas de ADN para determinar el vínculo, a la Dirección de Medicina Forense y a la Morgue Judicial encargados de cumplir el acto de exhumación del cadáver en el cementerio⁷².

⁷¹ Centro de Excelencia en Productos y Procesos Córdoba, se encarga entre otras de la determinación de vínculos de parentesco biológico.

⁷² Cuerpo Médico Forense. Corte Suprema de Justicia de la Nación http://www.csjn.gov.ar/cmfcuadernos/1_3_153.html

Exhumaciones En Cementerios:

a- Identificación de la sepultura

Verificar exactamente la manzana, esquina y tablón, es la terminología usada por los cementerios para localizar las fosas. Confeccionar un acta. Fotografiar la tumba, sus inscripciones y la de las tumbas vecinas.-

b- Identificación de féretro:

Consignar la profundidad del hallazgo

-Describir el tamaño, tipo de madera, color, placas e inscripciones (fotografiar) adornos, número de paneles y número de asas.-

c- Estado del féretro:

Después de haber obtenido la respuesta de todos los organismos que se les envió el oficio y los resultados de CEPROCOR, se está en condiciones de pedir la clausura del periodo a prueba y de comenzar con los alegatos, los cuales se desarrollaran posteriormente.

Podría ocurrir que ante el pedido de la parte actora la familia del difunto se opusiera a la exhumación, pretendiendo salvaguardar la paz e intimidad de su familia exigiendo el respeto por el cadáver y por la familia del difunto.

Ante el planteo de quien está en la búsqueda de su identidad de origen, no se le podrá oponer el argumento de que al ejecutarse la prueba sobre el propio cuerpo se estaría afectando su integridad psicofísica o el derecho a intimidad, ya que los derechos se extinguieron con la muerte del sujeto sobre el que ha de extraerse la muestra.

Si bien el interés de los familiares se traduce en el derecho personalísimo a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto, tal derecho no sufre alteración ni avasallamiento en razón de que se disponga obtener muestras del cadáver para posibilitar la realización de la prueba de tipificación de ADN.

“En el caso R., Á. E. v. Herederos de E. P. R., Á. E. v. Herederos de E. P. E, Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza del 12/3/2008, la prueba podría haberse realizado sobre el causante y sus hijos, también fallecidos, si no hubiesen sido cremados los cuerpos. Se hubiese concretado la prueba realizando la exhumación de los mismos y extrayendo muestras de tejidos a fin de concretar la prueba de ADN. Respecto de ello, los cuerpos fueron cremados cuando los demandados ya habían tomado conocimiento del proceso”⁷³. Esto constituye un indicio que debe ser valorado en conjunto con los otros existentes en la causa.

Luego de hechas éstas aclaraciones, y después de concluidos los pasos que hemos venido desarrollando respecto a la etapa probatoria, esto es, la realización de la totalidad de la prueba ofrecida por ambas partes; la recepción de los oficios

Si es de madera consignar: intacto-descoyuntado-tapa rajada-rotta hundida-anegado de agua y barro.-

Si es metálico consignar: intacto-abombado-estallado.-

⁷³ www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc. fecha de consulta 10/01/2012

librados a las instituciones intervinientes en la realización de los exámenes biológicos, fundamentalmente al tener resultados concretos de CEPROCOR; procesalmente se está en condiciones de solicitar al juez interviniente la clausura del periodo probatorio y formular alegatos.

5.3 NEGATIVA DE LA FAMILIA A SOMETERSE A LA PRUEBA DE ADN

En el caso de que la prueba de ADN no se haya podido realizar por que el cadáver hubiese sido cremado o desaparecido, éste es el momento en que debemos recurrir a realizar la prueba respecto a los ascendientes o hermanos del fallecido.

En esta etapa también nos podemos encontrar con otro impedimento para llegar a la verdad, la cual puede ser la negación de la familia del difunto a colaborar con la realización de la prueba de ADN.

El Código Civil argentino no nombraba ninguna consecuencia sobre este tema, pero después de la reforma de 1994 incorpora a su texto la Convención sobre Derecho del Niño, la cual asegura el derecho a la identidad del menor. Por otra parte hay que tener en cuenta el Art. 4 de la ley 23.511 de creación de Banco Nacional de Datos Genéticos, el cual dispone que la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirán un indicio contrario a la posición sustentada por la contraparte.

“Tradicionalmente se ha sostenido que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no constituye una presunción en contra, sino tan solo un indicio, que deberá ser corroborado por otros medio de pruebas”⁷⁴.

En el caso *R., Á. E. v. Herederos de E. P* Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza del 12/3/2008. “... se estima que los accionados deberían haber colaborado con la realización de la prueba biológica o, en caso contrario, cargar con las consecuencias que establece el artículo 4 de la ley 23.511 al cremarse los cuerpos, al negarse a realizar la prueba biológica,

⁷⁴ JORGE O. ASPIRI. 2006. Juicios de filiación y patria potestad. (2º)Bs. As. Ed. Depalma. Pág.140.

a no aportaron ninguna prueba a fin de desvirtuar los dichos del actor, sino que se dedicaron a negar los hechos, se concluyó en hacer lugar a la acción...”⁷⁵

5.4 EFECTOS

Como se adelantara en el punto 5.2 último párrafo, finalizada y clausurada la etapa probatoria, procesalmente se inicia una tercer etapa judicial, en la que se procederá a formular alegatos; los cuales consisten en fundar en derecho lo acontecido en el expediente y respaldar las pruebas producidas mediante la construcción de un razonamiento cronológico y secuencial, citando no solamente el derecho vigente y aplicable, sino también las conclusiones doctrinarias y la jurisprudencia existente en casos similares.

Ambas partes por su orden formulan alegatos mediante la presentación de escritos e el expediente, no estando ninguna de ellas compulsadas a hacerlo, puesto que hace a una mejor y favorable labor presentarlos. A posteriori, el expediente pasará a despacho a los fines de resolver, ésta acción procesalmente se conoce como llamamiento de autos.

La resolución del juez pondrá fin a la litis, a través de una sentencia; siendo ésta favorable o no dando lugar, a la pretensión de la parte actora que exteriorizó durante el proceso. Si la sentencia fuese favorable a la parte actora, y declarara que el demandado como supuesto progenitor es el verdadero padre de la persona que pretende la obtención del emplazamiento familiar en el estado de hijo extramatrimonial, la sentencia sólo tiene efecto declarativo, puesto que ese estado obedece a un hecho natural anterior (procreación). Pudiendo, ésta sentencia, ser presentada ante el juez que entiende en la sucesión abierta, con el propósito de acreditar su calidad de hijo y consecuentemente la calidad de heredero forzoso de su padre, causante en la sucesión abierta.

Es necesario recalcar que la sentencia favorable al actor es declarativa de estado y constituye título de estado. Debiendo ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 66, decreto-ley 8204/63). El hijo queda

⁷⁵ www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc, fecha de consulta 10/01/2012

emplazado en el estado de hijo matrimonial de los demandados o de hijo del padre y/o madre extramatrimoniales demandados, según el supuesto.

CONCLUSIÓN

Finalizando esta investigación es necesario recalcar la importancia del avance de la filiación a lo largo de la historia, desde que el hijo extramatrimonial era totalmente despojados de sus derechos e indignos por no ser producto de un matrimonio a poderse ver en las mismas condiciones que al hijo matrimonial en la actualidad.

Mientras la filiación era considerada de diferente manera a través del tiempo la determinación de la filiación extramatrimonial y en especial de la filiación post mortem era una contingencia que preocupaba al derecho por la dificultad en poder demostrar con certeza la paternidad ante una petición de filiación. Lo que impedía conferir juridicidad a la relación biológica paterno o materno filial vulnerando derechos personalísimos y en especial el derecho a la identidad de la persona.

Actualmente la ciencia es de gran ayuda para el derecho en la asignación jurídica de la paternidad, descubriendo y desarrollando tecnologías que permiten determinar con alto grado de probabilidad la coincidencia genética entre dos seres humanos mediante la comparación de los marcadores genéticos moleculares que son los polimórficos y de herencia mendeliana simple, lo que comúnmente se conoce como prueba de ADN, lo que permite saber con exactitud quienes son los progenitores de una persona. Este avance tecnológico mediante su método inductivo permitió al derecho servirse de una técnica altamente probable para ayudar con su utilización como prueba para el esclarecimiento de procesos judiciales, obteniendo con la sentencia la confirmación de la identidad.

El derecho a la identidad es protegido por todo nuestro ordenamiento jurídico desde la carta magna hasta los códigos de procedimientos otorgándole a cada persona el derecho a conocer sus orígenes, a tener un nombre y una identidad única, a ejercer sus derechos y obligaciones.

A lo largo de nuestra investigación, pudimos observar, (teniendo en cuenta que el ADN es una prueba con un alto grado inclusión con una certeza de un 99,9% y de exclusión en un 0%, lo cual nos posibilita determinar el parentesco entre dos personas, aunque una de ellas hubiese fallecido), que ciertos factores pueden retrasar

o negar la posibilidad de poder llegar a la realización de dicho examen, tales agentes pueden ser; la negativa de los familiares del difunto y la involuntariedad en colaboración de muestras para la realización del ADN, la cremación de la cuerpo, lo importante en poder demostrar si existió o no posesión de estado entre la persona que reclama el reconocimiento y el causante, entre tantas otras.

Asimismo por medio de indicios, de pruebas documentales, confesionales, etc. es posible por vía judicial llegar a la realización de la prueba de ADN y así poder esclarecer la verdadera identidad de una persona.

En orden a lo ya expuesto podemos concluir que la prueba de ADN es un medio para poder llegar a obtener nuestra verdadera identidad pudiendo así gozar de nuestros derechos como quienes en realidad somos.

BIBLIOGRAFIA.

- AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, 2006. Introducción al derecho. (5). Bs As. edición. Ed Abeledo Perrot.
- ALSINA HUGO. 1962. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 2º ed. Tomo V. Buenos Aires. Ed. Ediar Sociedad Anónima Editores.
- ALSINA HUGO. 1962. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T II (2). Bs As. Ed. Ediar Sociedad Anónima Editores.
- AZPIRI JORGE OSVALDO. 2006. Juicios de filiación y patria potestad. (2º) Ed. José Luis Depalma
- AZPIRI JORGE OSVALDO. 2001. Juicios de Filiación y Patria Potestad. Bs. As. ed Hammurabi.
- BELLUCIO AUGUSTO CESAR. 2002. Manual de Derecho de Familia. T I. Ciudad de Buenos Aires (7º) Ed Astrea.
- BELLUCIO, AUGUSTO CESAR. 2002. Manual de Derecho de Familia. T II (7º). Ciudad de Buenos Aires Ed Astrea.
- BORDA GUILLERMO A. 1993. Tratado De Derecho Civil – Familia Tomo I. Bs As. Ed. Abeledo- Perrot.
- BORDA GUILLERMO A. 2010. Tratado de Derecho Civil. Familia. T2 (10) Ciudad de Buenos aires. Ed Astrea.
- BORDA GUILLERMO A. 2002 Manual de Sucesiones. (14). Bs As Ed Abeledo Perrot.
- BORDA GUILLERMO. 2010 Tratado de Familia. T II. (10). Bs. As. Ed. Astrea.
- BOSSERT GUSTAVO A - EDUARDO A. ZANNONI. 2000. Manual de Derecho De Familia. (5º) Ciudad de Buenos Aires. Ed Astrea.
- BOSSERT GUSTAVO A. ZANNONI EDUARDO A. 1992. Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Bs As. Ed. Astrea.

- BOSSERT GUSTAVO A. ZANONNI EDUARDO A. 2000 Manual de Derecho de Familia. ciudad de Bs As. Ed. Astrea.
- CHERI, PRIMAROSA Y ZANNONI, EDUARDO, 1999. Prueba del ADN, Ciudad de Buenos Aires. Ed Astrea.
- FORNES CLAUDIA, LANDI CAROLI, NICOLORICH MARIA VIRGINIA, CHIALINA SERGIO, SOLÍS EDITA. 2005. Pruebas Biológicas en Filiación de Personas. En Filiación Biológica. Colección Temática de Derecho de Familia (3º). Rosario. Ed. Juris.
- HERNANDO D. ECHANDIA. Teoría General de la Prueba Judicial. T II. Bs As. ed. Zabalía.
- JORGE O. ASPIRI. 2006. Juicios de filiación y patria potestad. (2º)Bs. As. Ed. Depalma
- MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA- MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO – SARA CADOCHE DE AZVALINSKY – DANIEL HUGO D’ANTONIO – FRANCISCO A. M. FERRER – CARLOS H ROLANDO.1998. Derecho de familia. Tomo I. Santa Fé. Editorial Rubinzal – Culzoni. Pag 6.
- MARÍA LUISA ROLFO DE COSTAMAGNA 1999 .Derecho Romano I (7). Córdoba. Ediciones del Copista.
- MÉDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA Y D’ANTONIO. DANIEL. 2001. Derecho de Familia. T.3. Ed. Rubinzal Culzoni
- MÉNDEZ COSTA MARÍA JOSEFA. 1986. La filiación. Ciudad de Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- MIDÓN MARCELO S. 2005. Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre del derecho. Mendoza. Ed. Jurídicas.
- ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL A. 1994. Nociones de Historia del Derecho Argentino. (2) Córdoba. Ed. Lerner editora SRL.
- PALACIO, LINO E. 1998. Manual de Derecho Procesal Civil, (14), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

- PODETTI RAMIRO J. 1973. Tratado de la competencia. T I. Bs. As. Ed. Ediar SA.
- ZANNONI EDUARDO. 1989. Derecho de familia, T 2 (2º). Buenos Aires, Ed Astrea

- <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/.../fallo-mdza-comentx2.doc>
- <http://dipubaderecho.wordpress.com/relaciones-entre-el-derecho-interno-y-el-derecho-internacional/>
- <http://exa.unne.edu.ar/bioquimica/fisiologia.humana/%20GS.pdf>
- <http://trabajadorjudicial.wordpress.com/prueba-de-la-posesion-de-estado/>
- http://www.csjn.gov.ar/cmfcuadernos/1_3_153.html.
- http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_XX_Encuentro_IPDP_AMeroi_1.pdf
- <http://www.prueba-de-paternidad-mexico.com.mx/index.php/pruebas-de-paternidad-usando-pelo/>

ANEXO

FILIACIÓN - Acciones de filiación – Derecho a la identidad - Acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial- PRUEBA: Prueba biológica de los herederos - Negativa a realizarla – Efectos - Presunto padre fallecido - Imposibilidad de exhumación del cadáver por cremación previa

El actor interpuso acción de filiación extramatrimonial contra los herederos del presunto padre. El juez de grado admitió la acción con sustento principal en la negativa de los demandados (herederos del presunto padre fallecido) a efectuarse la prueba biológica. La Cámara confirmó el decisorio de primera instancia.

R., Á. E. v. Herederos de E. P. - Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza - 12/3/2008

Publicado en:

- LA LEY 4/6/2008 con nota de Eduardo A. Zannoni, pág.3 - LA LEY 2008-C LA LEY 2008-C, pág. 599 - LLGran Cuyo 2008 (junio), 435
- SJA (Suplemento de Jurisprudencia Argentina) del 4/2/2009 (AbeledoPerrot) con nota de María Victoria Famá - Citar Lexis N° 35030012

El fallo fue anotado por el Dr.Eduardo A.Zannoni y la Dra.María Victoria Famá

FALLO COMPLETO

2ª INSTANCIA.- Mendoza, marzo 12 de 2008.

1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.- Costas.

1ª cuestión.- La Dra. Marsala dijo:

1. Se elevan estos autos a la alzada en razón del recurso de apelación interpuesto a fs. 271 por los demandados contra la sentencia dictada el 6/3/2007, obrante a fs. 263/268, que acogiera la demanda por filiación interpuesta por Á. R. contra los herederos de E. P.

2. La relación de la causa nos informa que a fs. 3/4 el Sr. Á. R. inicia demanda por reclamación de estado contra quienes resulten herederos de quien en vida fuera E. P., a fin de que se le reconozca como hijo extramatrimonial y, en consecuencia, heredero del mismo.

Relata que es hijo de A. A. R., quien ingresó a trabajar a la B. F., donde trabajaba como enólogo E. P.; entre ellos nace una relación amorosa, quedando su madre embarazada. También por dichos de su madre conoce que el presunto progenitor quiso reconocerlo, pero se opusieron sus abuelos; asimismo, su madre le contó que en algunas ocasiones el Sr. P. los visitaba y ayudó materialmente. Ofrece pruebas testimoniales y ADN, para lo cual deberá citarse a los herederos o bien ordenar la exhumación del cadáver.

A fs. 49/55 se amplía demanda y se ofrece nueva prueba.

A fs. 69/74 contestan los demandados oponiéndose a someterse a exámenes médicos, pruebas biológicas, moleculares, genéticas y/o de tipificación de ADN. Adhieren a la prueba instrumental ofrecida por la actora y ofrecen el expte. sucesorio n. 147382.

A fs. 91 y vta. se admiten las pruebas, haciéndose lugar a la oposición.

A fs. 95 declara A. A. R.; a fs. 96 declara Ana de García; a fs. 97 declara Isidro Bonzo; a fs. 174 corre informe del director del Cementerio de Godoy Cruz; y a fs. 182/185 luce el informe expedido por el Cementerio de la Capital.

A fs. 263/268 se dicta sentencia.

La jueza que me precedió en la instancia anterior -luego de relatar los antecedentes de la causa- razona del siguiente modo: en el caso más allá de la prueba rendida en autos, teniendo en cuenta que lo que se está tratando es el derecho a la identidad de

una persona, valorará todas las pruebas rendidas, valiéndose incluso de los indicios -los que a continuación define-.

A renglón seguido analiza el testimonio de la madre del actor considerando que su testimonio resulta fundamental en el proceso, ya que es ella y no otra persona quien puede aportar datos válidos respecto de la cuestión debatida en autos. Entiende que el testimonio no aparece como parcializado sino que el testigo se limitó a contar los hechos como cualquier otro testigo.

Valora que los testigos coincidieron en que el Sr. P. y la Sra. R. tuvieron una relación sentimental y que ese trato era público, agrega que la demandada no ha aportado ninguna prueba que desvirtúe los dichos de los testigos.

Considera -analizando la prueba de ADN- que si bien la parte demandada no estaba obligada a realizarse la prueba biológica, no ver verdad que no tuviera la carga impuesta por el art. 4 , ley 25511, estima que los accionados deberían haber colaborado con la realización de la prueba biológica o, en caso contrario, cargar con las consecuencias que establece el artículo citado.

A lo expuesto suma que la prueba pudo realizarse sobre el causante y sus hijos, también fallecidos, realizando la exhumación de los mismos y extrayendo muestras de tejidos a fin de concretar la prueba de ADN, si no hubieran sido cremados los cuerpos.

Respecto de ello, según las constancias de la causa, los cuerpos fueron cremados con posterioridad al inicio de la causa, cuando los demandados ya habían tomado conocimiento del proceso. Así, atento a las constancias de fs. 4 vta., la demandada se presentó el 20/3/2000 a las 11:30 hs. en el Juzgado 5° de Familia, librándose un oficio según fs. 6 a este tribunal, a fin de que remitieran la sucesión del Sr. E. P. ad effectum videndi et probandi, para determinar la competencia. Si bien es cierto que, según las constancias de fs. 64/65, recién con fecha 14/9/2001 se notificó el traslado de la demanda, los demandados tuvieron conocimiento previo extraoficial de la existencia de la acción, prueba de ello es la petición que realizan a fs. 110 en los autos 147382, donde solicitan al presente tribunal que se devolviera la sucesión a fin

de continuar la causa, tal hecho la lleva a pensar que los accionados estaban al tanto de la prueba de ADN que había solicitado la actora. En dicho período los demandados procedieron el 13/10/2000 a cremar al Sr. P. y a sus hijos, D. C. y O. A.; esto constituye un indicio que debe ser valorado en conjunto con los otros existentes en la causa; afirma que no encuentra razón acabada para entender la necesidad imperiosa -después de tanto tiempo del fallecimiento- de proceder al traslado de los cuerpos y realizar la cremación el mismo día del traslado que no sea tratar por algún medio de evitar la concreción de la prueba de ADN a través de la exhumación de los cadáveres, privando de esta forma al proceso de la prueba más eficiente para determinar o no la filiación reclamada.

Observa que se cremaron los cuerpos, se negaron a realizar la prueba biológica, no aportaron ninguna prueba a fin de desvirtuar los dichos del actor, sino que se dedicaron a negar los hechos -art. 179 , CPC.-, por lo que concluye haciendo lugar a la acción.

3. A fs. 271 apelan los accionados.

4. A fs. 285/291 expresan agravios los recurrentes.

Sostienen que la sentenciante ha vulnerado el principio de la sana crítica y de la máxima experiencia, principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano, lo que se evidencia así:

- El juzgador no analizó por qué el actor durante 45 años no tuvo la menor intención de conocer o imputar la presunta paternidad del Sr. E. P., siendo que de sus propias manifestaciones surge que esa circunstancia la conocía muchísimo antes;

- No se ha logrado acreditar la supuesta relación entre el Sr. P. con la Sra. R., ni la supuesta filiación extramatrimonial del Sr. Á. E. R. respecto de E. P.;

- No es lógico ni justo que la renuencia de los demandados tenga similares efectos jurídicos cuando los renuentes son los nietos del presunto padre, fallecido 45 años después de nacido el reclamante;

- La negativa al sometimiento de la prueba biológica constituye sólo un indicio no una presunción;
- El actor debió aportar prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción;
- Falta de merituación debida de las pruebas testimoniales;
- Critican la interpretación del art. 4 , ley 23511;
- Los cuerpos fueron cremados por decisión tomada en vida por los causantes, que fue cumplida por sus familiares sin tener conocimiento sobre la acción entablada tal como surge de las constancias de autos.

5. A fs. 297/304 contesta el apelado cuyas consideraciones me remito en mérito a la brevedad.

6. A fs. 307 luce dictamen de la asesora de menores.

7. A fs. 313 el expediente queda en estado de resolver.

8. Anticipo mi opinión adversa a la suerte del recurso intentado.

8.1. Estimo conveniente -ante todo- encuadrar jurídica, sociológica y constitucionalmente el caso para luego subsumir ello en las probanzas colectadas en la causa.

Para ello me permitiré seguir las enseñanzas del maestro Eduardo Zannoni en "Identidad personal y pruebas biológicas", publ. en RDPyC 13-159 y ss., ya que considero que trata el tema debatido en el sub lite -identidad personal- con una claridad y lucidez encomiable, mostrando la importancia del mismo y colocando la prueba y la carga de la misma en su justo equilibrio.

Así sostiene que la noción de identidad personal no es, desde la perspectiva jurídica, unívoca. Admite por lo menos tres acepciones que trascienden en otros tantos centros de imputación normativos, específicos y diferenciados.

a) La identidad personal en referencia a la realidad biológica: se trata de asegurar a toda persona su derecho a conocer su origen biológico, es decir su pertenencia a determinada familia y, consiguientemente, obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde.

A esta dimensión se refiere la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por nuestro país por ley 23849 e incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994 (arts. 75 , inc. 22)-, pero el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona y no sólo privativo de los niños. En el Código Civil es incontestable la legitimación amplia para el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial (arts. 24 y 255), de impugnación de reconocimiento (arts. 263) o de desconocimiento de la paternidad matrimonial (arts. 258 y 259), y de la maternidad (arts. 261 y 262).

Desde este punto de vista, comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona (voto en disidencia del Dr. Petracchi en fallo de la Corte Sup., ED 141-263).

Dentro de éste debe distinguirse la identidad genética -patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, o sea el genoma- y la identidad filiatoria -es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres-.

b) La identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: también han sido materia de tutela el interés de la persona de preservar ciertos caracteres que le pertenecen, como su propia imagen, la voz, se trata de los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican.

c) La identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: la identidad se concibe también como realización del proyecto existencial, propio y personal de cada persona. Este aspecto de la identidad muestra su aspecto dinámico:

los pensamientos, las creencias, la ideología, las costumbres de cada uno, en cuanto tengan proyección externa o social. Desde este punto de vista la identidad personal integra un bien especial y fundamental de la persona, como es aquél de ver respetado de parte de terceros de su modo de ser en la realidad social.

Agrega que una conquista de la biología molecular ha sido la posibilidad de determinar positivamente la herencia genética que todo hijo recibe de sus padres.

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 esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. La creación de este banco de datos obedeció, históricamente, a la necesidad de ofrecer a los familiares de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio la posibilidad de obtener los servicios del banco para archivar en él los datos genéticos que correspondiesen a sus padres, abuelos, hermanos, etc., destinados en su momento a ser utilizados para determinar la filiación o pertenencia a la familia de personas cuya identidad pudiera haberse sustituido por procedimientos tanto legales como ilícitos.

Pero este banco cumple funciones más amplias, puesto que también está al servicio de todos los que lo requieran en todo juicio de filiación.

Lo interesante de esto -expresa- es que la ley 23511 en su art. 4 ha consagrado una norma general, aplicable a todo juicio en que se discuta la filiación. Los jueces -dice la norma- deberán valorar el examen genético teniendo en cuenta las experiencias y las enseñanzas científicas en la materia, y añade: "la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

Siendo ello así, si las partes o alguna de ellas no se sometieran a los estudios, pesará un indicio en contra de su posición en el juicio, como lo establece el art. 4 , ley 23511.

Más adelante entra en el tema probatorio advirtiéndole que la estructura probatoria de los juicios en que se debaten cuestiones relativas a la filiación se ha modificado sustancialmente. En efecto, hasta la aparición de las pruebas biológicas el valor de las pruebas hematológicas clásicas era relativo, ya que podían demostrar una incompatibilidad absoluta entre los sujetos involucrados -descartaban la filiación- pero no permitían afirmar con certeza la existencia positiva del vínculo biológico; por ello se requería probar la existencia de relaciones sexuales de la madre con el presunto padre, la posesión de estado, reconocimientos incidentales, correspondencia, fotografías, etc.

Hoy, en términos generales, las pruebas de HLA y de tipificación del ADN permiten afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado monto de certeza; por ello bien se ha dicho que si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones hominis.

Luego analiza el espinoso tema de las dificultades que surgen en torno a la conducta procesal de quien, citado a cooperar con la extracción de muestras de sangre u otras que posibiliten la realización de los estudios, se niega a hacerlo. El art. 4^o, ley 23511 establece que la negativa implica un indicio en contra del reuente; se pregunta: ¿es tal indicio, como hecho, una clásica presunción en contra?

Observa que la doctrina enseña que los indicios son hechos que son fuente de presunciones. Las presunciones, como tales, constituyen el resultado de una labor intelectual del juez tendiente a extraer conclusiones de hechos conocidos (indicios) para inferir la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido.

Partiendo de esta premisa, puede considerarse hoy, es doctrina judicial virtualmente uniforme que la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega; es que la aplicación del art. 4^o, ley 23511 no hace sino recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar.

Se puede afirmar que la parte que se resiste en el proceso a colaborar con la realización de las pruebas biológicas obra ilegítimamente (LL 1988-E-563). Ha dicho la Corte Sup. que el principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni en el del adecuado y deseado resultado del valor justicia (JA 1986-I-473). También el Tribunal español sostuvo: "Mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supone un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho" (citado en LL 1992-B-1193, por Grosman y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial").

En conclusión, entiende que se eche mano a la moderna concepción procesalística de las cargas dinámicas de la prueba o a la visión solidarista del proceso mismo; es inocultable que el proceso de filiación supera el mero interés de las partes como centro de distribución del onus probandi, acentúa un criterio de efectiva cooperación y reclama un rol más activo del demandado, descartándose aquellos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa (Morello, Augusto, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", ED 132-953).

Y aclara que la ley no dispone que la posición renuente implica confesión ficta, es decir, admisión -siquiera tácita- de la paternidad atribuida a quien se resiste; se limita a inferir, con sentido común, que la negativa o resistencia obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable; es que el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrán arrojar esos estudios. Por eso y aunque el demandado no está obligado a prestar su cuerpo, tiene sí la carga de hacerlo, porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación de hecho. Buena prueba de ello es que si en juicio no existiera ninguna otra prueba de las relaciones sexuales en el período legal de la concepción del pretendido hijo, el juez no podría atribuir la paternidad con sustento exclusivamente en la negativa del demandado.

En la misma línea, la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que "tomando como punto de partida el indicio resultante de la negativa, deben producirse otras pruebas

coadyuvantes para allegar al juez elementos de convicción razonables para reforzar el indicio, ya que se trata de sumar más indicios al que proporciona la negativa del demandado a colaborar con la investigación de la filiación disputada" (RDPyC 13-388).

Las pruebas biológicas pueden disponerse respecto de personas fallecidas.

Si bien es viable la realización de estudios en otros parientes del pretendido hijo -presuntos abuelos, medio hermanos, tíos- que pueden brindar índices de pertenencia a la familia, se ha planteado la posibilidad de que las pruebas se concluyan obteniendo muestras del cadáver del presunto padre, lo cual exige la exhumación del mismo.

En la confrontación entre el derecho de los familiares a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria y el derecho a preservar su identidad, prevalece este último que es de jerarquía constitucional.

En el mismo sentido María Josefa Méndez Costa en "La prueba genética de la filiación ante la muerte del demandado", publ. en LL 1995-B-261, en comentario al fallo de C. Nac. Civ., sala A, 28/2/1994, "Z., R. v. A., A. s/suc. y otros s/filiación" : "...La negativa a prestarse a la pericia genética constituye un obstáculo de hecho a la determinación de la filiación. Si es sustentada en vida del demandado, sus derechos personalísimos a la libertad, la integridad, la defensa, se imponen para no coaccionarlo pero la identidad continúa disfrutando de medios aptos para su determinación, no sólo de los distintos a la prueba biológica, sino también de la presunción que nace del art. 4 , ley 23511. Pero cuando el inconveniente fáctico resulta de la actitud asumida por los deudos del pretense padre, parece indiscutible que su derecho a la conservación, cuidado y honra del cadáver, ocupa un rango valorativo inferior al derecho a la identidad, que la imposibilidad de coacción contra el pretense padre vivo no impone la imposibilidad de pasar por sobre la decisión de sus herederos y que no hay presunción a deducir de la negativa de los mismos (sería absurdo extender la continuación de la persona del causante a tales extremos). En fin, el sacrificio que se impone a los deudos no es significativo al punto de anteponerse al

sacrificio del actor que encontrará, tal vez, a través del peritaje, una prueba irrefutable de su identidad por vía directa...".

Sobre estas bases analizaré lo acaecido en el sub examine.

8.2. Los hechos -acreditados en autos- que debo tener en consideración para resolver son:

1) No se efectuó prueba biológica porque los demandados se opusieron a la producción de la misma;

2) Los accionados procedieron a la cremación del cadáver del presunto padre y sus dos hijos luego de haber tomado conocimiento del inicio de la presente acción -ver fs. 118, 119, 129, de los autos 147382, y fs. 174/182 de estos autos-. En efecto, los demandados tomaron conocimiento de la existencia del proceso de marras el 29/9/2000, que es la fecha en que salió en lista el expediente sucesorio con el agregado del oficio remitido por el Juzgado 3° de Familia, e iniciaron los trámites para la cremación el 13/10/2000, tal como consta a fs. 182 de estos autos. Es verdad que no habían sido notificados de la demanda por filiación, pero conocieron la existencia de la misma;

3) de las testimoniales agregadas surge:

- que el presunto padre y la madre del actor trabajaron en la B. F.;

- los testigos dicen que existió una relación sentimental entre la madre del actor y el presunto padre -por dichos de la madre y porque sabían (fs. 97)-, pero ninguno afirma que el hijo era de P.;

- que el actor no gozó de posesión de estado -ver fs. 96, contestación a la pregunta 7ª-;

4) el actor tenía 45 años cuando inició la acción, conociendo que el presunto padre ya había fallecido.

Teniendo en cuenta lo expuesto ut supra tengo para mí que la negativa a efectuarse la prueba biológica por los herederos; sumado a la cremación del cadáver cuando habían tomado conocimiento del proceso por filiación; la circunstancia de que la Sra. R. y el Sr. P. trabajaban juntos -lo que permite afirmar que no es aventurado suponer que tuvieron una relación sentimental- me persuade de que la sentencia debe ser confirmada.

Es que, como vimos, "en el plexo normativo actual y conforme con los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, se estima que la conducta obstruccionista del demandado constituye por sí misma fundamento de suficiente peso para tener por verosímil la pretensión del accionante" (LLC 2006-919).

Sobre la cremación del cadáver se ha resuelto "la negativa a realizarse la prueba biológica, sumada a la cremación del cadáver cuando el demandado había tomado conocimiento de la demanda, conocimiento del que cabe presumir que no era ajeno a sus herederos, unido a los demás elementos probatorios que pueden ser valorados como prueba indiciaria persuaden que la demanda aquí intentada debe tener andamio" (C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª LLBA 200-908).

No ignoro que el Superior Tribunal de Entre Ríos resolvió que "el art. 4 , ley 23511 establece un indicio que es fuente o generador de presunciones, mas dicho indicio no es la presunción en sí. Por ende, la renuncia del demandado a someterse a la prueba biológica debe armonizarse con el resto de las pruebas y conforme a las circunstancias de cada caso, desde que no puede atribuírsele el mismo efecto jurídico si el renuente es el pretense padre vivo, o bien lo es algún descendiente colateral o ascendiente de aquél en una acción post mortem" (no obstante confirmó la sentencia de Cámara, que hizo lugar a la demanda), pero no explica el porqué de la distinción cuando la ley no distingue y es lógico suponer que la intención del legislador fue no distinguir atento al marco coyuntural en que dicha ley fue dictada, tal como se vio supra.

Tampoco desconozco que la Sup. Corte Just. Mendoza in re "Morales, B. v. D. de F.", publ. en LL Gran Cuyo, julio de 2006, p. 731, con nota aprobatoria de Arias de Ronchietto, Catalina E., "Acción de filiación y de petición de herencia y colación post mortem patris", al resolver el caso de un hijo que a los 49 años inicia una acción de filiación, cuando el presunto padre había muerto; catalogó de "gran negligencia y aun el eventual dolo del actor por no haber iniciado la acción de filiación en vida de su presunto padre, sin alegar ni probar ningún impedimento para iniciarla en vida del causante", pero aquí la prueba biológica se le caducó al actor, no había posesión de estado y fue considerada insuficiente la prueba testimonial.

En el caso en trato si bien el actor inició la acción a los 45 años, ofreció la prueba biológica a realizarse en el cadáver del presunto padre, pero los herederos cremaron no sólo el cadáver del abuelo, sino de sus progenitores sin explicación alguna -puesto que si ésa era la voluntad de los causantes, deberían haberla cumplido en forma inmediata al deceso y traído a autos el testamento-. No se explican -los herederos demandados- por qué el actor esperó tantos años; tampoco se explica esta juzgadora por qué los herederos procedieron a la cremación de todos los restos y se negaron a realizarse la prueba biológica. Recuérdese lo expuesto sobre la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Por último, destaco que en los casos de reclamación de paternidad extramatrimonial luego del fallecimiento del padre, acreditada la posesión de estado, es viable la acción, pues involucra un reconocimiento tácito, lo que hace innecesaria la justificación del nexo biológico (ED 72-350), pero en el caso, al no existir, era necesario probar dicho nexo, al que no pudo arribarse por la actitud poco solidaria de los demandados.

Me parece atinado concluir mi voto con una reflexión de Néstor Solari: "el fin buscado en esta clase de procesos es investigar el verdadero vínculo biológico entre el progenitor y el presunto hijo; este último es el sujeto principal en el juicio y no el presunto padre; por ello la falta de diligencia en el obrar de los demandados no puede traducirse en consecuencias jurídicas para el hijo. El hijo quiere saber quién es su

padre. No que se le busque un padre" ("Negativa al sometimiento de las pruebas biológicas. Consecuencias", publ. en LL Litoral 1998-1-432).

Así voto.

Los Dres. Varela de Roura y Gianella adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión.- La Dra. Marsala dijo:

Las costas se imponen a los vencidos -arts. 35 y 36, apart. I, CPC.-.

Así voto.

Los Dres. Varela de Roura y Gianella adhieren al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo precedente, **el tribunal resuelve:**

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 271 contra la sentencia obrante a fs. 263/268, la que se confirma en todas sus partes.
2. Imponer las costas de alzada a los vencidos (arts. 35 y 36, apart. I, CPC.).
3. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

Notifíquese y bajen.- Gladys D. Marsala.- Teresa Varela de Roura.- Horacio Gianella.

Comentario del fallo: El valor de la negativa de los herederos a someterse a las pruebas biológicas: ¿indicio o presunción? - *Famá, María Victoria*

Citar Lexis N° 0003/014226 ó 0003/014228 (SJA 4/2/2009)

SUMARIO:

I. El fallo.- II. La determinación de la filiación a la luz de los avances biogenéticos.- III. El valor probatorio del examen de ADN en materia de inclusión o exclusión de la paternidad: a) Acerca del ADN; b) Apreciación y eficacia probatoria del examen

genético.- IV. La negativa a someterse a las pruebas biológicas: indicio o presunción:
a) Un debate superado: la constitucionalidad del art. 4 , ley 23511; b) El valor probatorio de la negativa.- V. Cuando la negativa proviene de otros parientes.- VI. Palabras finales

I. EL FALLO (1)

El fallo en comentario reaviva el añejo debate doctrinario y jurisprudencial en torno del valor que cabe asignar a la negativa del demandado en un proceso de filiación a someterse a la prueba genética pero desde una perspectiva remozada, atinente a las consecuencias que deben extraerse de la conducta renuente cuando aquélla proviene de los sucesores del presunto padre.

En efecto, el 12/3/2008 la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza hizo lugar a la acción de filiación extramatrimonial incoada contra los herederos del supuesto progenitor sobre la base fundamental de la negativa de los emplazados a realizarse la prueba biológica y la circunstancia de que en el caso se había dispuesto la cremación del cadáver del difunto luego de haberse tomado conocimiento del inicio de las actuaciones. Se tuvo en cuenta, asimismo, la declaración de los testigos ofrecidos por el actor, de la cual surgía que el presunto padre y la madre del requirente trabajaban en el mismo establecimiento a la época de su concepción y mantenían una relación sentimental.

Para así resolver el tribunal consideró que "la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción (2) en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega, es que la aplicación del art. 4 , ley 23511 (LA 1987-B-1745) no hace sino recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar". Sin embargo, pese a sentar esta regla genérica, no ha sido exclusivamente la conducta obstruccionista de los demandados la que determinó el resultado del pleito, sino también los demás elementos de prueba indiciarios arrimados a la causa.

A la luz de lo expuesto cabe preguntarse: ¿habría sido idéntica la solución propiciada si la negativa de los herederos no se hubiera valorado juntamente con otros elementos probatorios?

Este interrogante nos sitúa frente al dilema de determinar los alcances de la negativa a someterse a las pruebas biológicas por parte de los sucesores del padre alegado, pues la postura que se asuma al respecto ha de incidir sustancialmente sobre el resultado del proceso.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN A LA LUZ DE LOS AVANCES BIOGENÉTICOS

Una de las modificaciones más trascendentes introducidas por la ley 23264 (LA 1985-B-1098) ha sido la incorporación y la valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, en consonancia con el perfeccionamiento de las técnicas genéticas y la consecuente mayor exactitud probatoria. Como se ha afirmado, "El conocer la identidad genética de las personas se encuentra íntimamente ligado a la posibilidad de realizar las respectivas pruebas biológicas" (3).

En efecto, si bien el art. 253, C. Civil ha receptado el principio de amplitud probatoria en dichos procesos, es indudable que en la práctica la prueba por excelencia es la prueba biológica (4). Tan es así que algunos autores la definen como la probatio probatissima (5), que es lo mismo que afirmar que "el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial" (6). En este sendero, Eduardo Zannoni advierte que "por la especial relevancia que se adjudica a las conclusiones de los modernos estudios en una materia que atañe a la identidad filiatoria de las personas, aunque las partes no hubiesen ofrecido tales estudio como prueba (lo que, en la actualidad, es improbable, por cierto, que ocurra), el juez puede ordenarlo de oficio" (7).

En estos términos, los avances operados en la biotecnología genética han instalado un debate acerca del valor de los estudios genéticos e inmunogenéticos como prueba

de la filiación biológica. Al respecto se interroga Enrique Kosicki: "¿los tests biológicos que se practican en la actualidad permiten afirmar que el pater semper incertus está perimido, obsoleto, destruido por los avances tecnológico-científicos?" (8).

El debate se agudiza si se tiene en cuenta su proyección en el campo del psicoanálisis. La presunción de paternidad que tiene su origen en el derecho romano es un sistema lógico creado por la ley sobre el cual se asienta el principio de paternidad, que constituye un principio jurídico estructurante considerado un avance, un estadio superior en relación con las formas matriarcales. Al respecto señalaba Sigmund Freud: "Bajo el influjo de factores externos que no necesitamos rastrear aquí y que, por añadidura, en parte no se conocen bien, aconteció que el régimen de la sociedad matriarcal fue relevado por la patriarcal, a lo cual se conectaba, desde luego, un trastrueque de las relaciones jurídicas que imperaban hasta entonces... esta vuelta de la madre al padre define además un triunfo de la espiritualidad sobre la sensualidad... un progreso de la cultura, pues la maternidad es demostrada por el testimonio de los sentidos, mientras que la paternidad es un supuesto edificado sobre un razonamiento y sobre una premisa. La toma de partido que eleva el proceso del pensar por encima de la percepción sensible [es] un paso grávido en consecuencias..." (9).

Desde esta perspectiva, el psicoanálisis freudiano se erige como la justificación racional de un orden familiar normalizador (10) en el cual persiste el poder jerárquico del padre como figura dominante. La invención de las pruebas biológicas pone en jaque este orden simbólico, desarma este montaje de ficciones sobre el cual se asienta la paternidad y, evidentemente, también la familia.

Parece obvio, pues, que un invento tan destabilizante revolucionara el derecho filiatorio y suscitara voces antagónicas entre científicos y juristas.

III. EL VALOR PROBATORIO DEL EXAMEN DE ADN EN MATERIA DE INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN DE LA PATERNIDAD

a) Acerca del ADN

Si bien genéricamente se utilizan en forma indistinta -y así lo haré a lo largo de este trabajo- expresiones tales como "pruebas científicas", "pruebas biológicas" y "examen genético", lo cierto es que la noción de "pruebas biológicas" se enmarca dentro del género "pruebas científicas". De este modo, puede definirse a las pruebas biológicas como "las pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas" (11).

Varios son los tipos de pruebas biológicas que se han desarrollado hasta llegar a la actual prueba de ADN (12), de la que aquí me ocuparé especialmente.

El ADN -o ácido desoxirribonucleico- es una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética, y se encuentra en los cromosomas de todas las células. Su estructura fue establecida en el año 1953 por Watson y Crick. De acuerdo con este modelo, el ADN es una macromolécula compuesta por tres unidades: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fosfórico) y cuatro bases nitrogenadas (las purinas y las pirimidinas) (13).

La información heredable está constituida por los genes, segmentos o unidades discretas de la molécula de ADN que codifican una proteína específica, cuya información define o modifica rasgos biológicos, ya sean estructurales o funcionales (14). Los genes están organizados en estructuras denominadas "cromosomas". En los seres humanos existen veintitrés pares de cromosomas conformados aproximadamente por 60 mil genes. Un bloque de veintitrés cromosomas XX es heredado de la madre y otro XY del padre (15). Los genes ocupan en los cromosomas posiciones específicas llamadas loci. En un mismo locus podemos encontrar diferentes variantes o alelos de un mismo gen (16).

El ADN puede obtenerse de cualquier célula: sangre, saliva, cabello, semen, huesos, etc. Las técnicas para su aislamiento son bastante semejantes a las empleadas para cualquier tipo de célula o muestra que se quiera investigar. La calidad del ADN obtenido dependerá de la antigüedad del material y de su estado de conservación (17).

Obtenida la muestra, y dado que los individuos tienen en un elevado porcentaje el mismo código genético, lo que se analiza son los polimorfismos o diferencias existentes en la molécula, que constituyen la clave de la identificación. Por el contrario, no se consideran las áreas "monomórficas" del ADN que -como su nombre lo indica- son exactamente iguales en todas las personas (18).

En la investigación biológica de la paternidad se analizan marcadores moleculares muy polimórficos, de los cuales un individuo presenta un par de cada uno de ellos. La frecuencia de alelos en la población sirve como dato de referencia para estimar la probabilidad de que dos muestras tengan el mismo origen. En la prueba positiva, las bases del cálculo de la paternidad se determinan a partir del teorema de Bayes, que data del año 1763, perfeccionado posteriormente con la fórmula Essen-Moller, del año 1938. El análisis bayeriano considera una serie de hechos que forman parte de un experimento aleatorio. Este teorema es una consecuencia inmediata de la ley de la multiplicación de las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales (19). Según muestra la experiencia científica, la posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000, cuestión que permite inferir el alto grado de certeza que presentan estas técnicas de investigación de la paternidad, que en la actualidad alcanza el 99,99%.

En la mayoría de los casos la prueba genética se obtiene directamente del padre o madre alegados. Pero puede suceder que por diversas circunstancias -como aquellas de la que da cuenta el fallo en comentario- la obtención directa de la prueba no pueda llevarse a cabo, sea porque el cadáver del padre alegado ha sido cremado o ha desaparecido, o bien porque éste se niega a someterse a la prueba y consienten la misma sus parientes. En tales supuestos puede recurrirse a los estudios respecto de

los ascendientes del padre alegado, sus hermanos u otros parientes, que también permiten aportar datos relevantes a los fines de determinar la inclusión o exclusión del vínculo filial.

Sin embargo, los datos de inclusión serán obviamente menores a los que resultan de la prueba directa entre los interesados (20), pues cuanto más alejada o indirecta es la relación de parentesco alegada se verifican mayores diferencias en el genotipo de las personas examinadas. Indudablemente, cuantos más marcadores se conozcan mayor será la probabilidad de excluir o incluir con un alto porcentaje la relación biológica.

b) Apreciación y eficacia probatoria del examen genético

El descubrimiento científico del ADN suscitó en su momento numerosas voces discordes y algunas pocas opiniones favorables en torno del valor de las pruebas biológicas en el derecho de filiación. Si bien estas posiciones se han ido invirtiendo en los últimos tiempos, aún persisten entre nuestros doctrinarios y magistrados voces más cautelosas en cuanto al valor probatorio que cabe asignar al examen de ADN.

Estas disidencias alcanzan su máxima expresión cuando se trata de considerar el peso del resultado del examen genético ante la ausencia de otros medios de prueba.

Uno de los autores que se ha mostrado más crítico frente a la determinación de la paternidad exclusivamente sobre la base del resultado positivo marcado por las pruebas biológicas ha sido Pedro Di Lella, quien -refiriéndose al sistema HLA- expresó: "No creo que sean las genéticas las únicas pruebas admisibles para inclusión de paternidad, sino que el juez valorará el conjunto de probanzas en el expediente y sobre ellas y no sobre pruebas tasadas dará su dictamen... Podemos aceptar que el HLA es un análisis de enorme importancia que podrá ayudar enormemente al juez a adquirir convicción en cada caso o aventarle dudas que el resto de las probanzas puedan dejar en su ánimo. Todo perito por importante que sea su función es sólo un auxiliar del juez. No debe confundirse ciencia con cientificismo, para ello es preciso que el juez que va a dictar sentencia sepa qué grado de certeza tiene el dictamen en que se funda, pues de lo contrario sería más fácil, más rápido y más económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación. Ello sucederá en la medida [en] que el

informe no se baste a sí mismo, no sea convincente o sea tan impenetrable en sus conceptos médicos que el juez no pueda acceder a la comprensión del mismo" (21). El autor observó que la atribución de valor sólo relativo a la prueba señala circunstancias fácticas como el error en la realización o en la deducción de los resultados, un margen inevitable de subjetividad en el científico interviniente, la proyección de formas de fecundación asistida (mediante el uso de espermatozoides o embriones congelados), la necesidad de aplicar un número sumamente elevado de sistemas de determinación genética inmunológica y bioquímica para fundar un porcentaje de más del 98% de probabilidad, lo que excede las disponibilidades de la mayoría de los laboratorios, y la eventualidad de no contarse con la tabla adecuada para el caso a solucionar y la realidad comprobada del cross over (22).

Más recientemente Mizrahi subrayó: "En la actualidad se podría decir que hay acuerdo en la comunidad científica en el sentido de que las pruebas biológicas, cualquiera sea el método o sistema que se aplique, no constituyen técnicas infalibles" (23). Seguidamente el autor -al igual que lo hiciera en su momento Di Lella- expone algunos de los problemas que se presentan en la realización de dichas técnicas. Así, por ejemplo, a los fines del cálculo biomatemático resulta necesario confeccionar tablas para cada grupo humano, pues las características genéticas suelen variar entre uno y otro, en particular si son de razas diferentes. El problema se agudiza porque no se está ante elementos inmutables, ya que las secuencias de la molécula de ADN están sujetas a incesantes mutaciones, de modo que si no se cuenta con una tabla poblacional fiable, el análisis podría ser errático. Por otra parte -advierte-, las pruebas biológicas tienen una utilidad muy limitada si no se aplica el rigor científico en el análisis bioestadístico, lo que no sucede en nuestro país, donde se emplean diferentes tablas de frecuencias técnicas que producen resultados inconsistentes entre los diversos laboratorios, y se emplean tablas de frecuencia confeccionadas para poblaciones extranjeras de discutible validez para la Argentina e, incluso, tablas autocreadas. Otro de los problemas que se advierten es la falta de utilización de criterios objetivos para identificar las bandas de cada muestra, ya que no hay métodos uniformes en la aplicación de un software para efectuar en forma automática la lectura del tamaño de los fragmentos de ADN, sin que exista certeza de

que se ha empleado un correcto sistema de digitalización. También se critica la subjetividad de los expertos en la determinación de la probabilidad a priori, como así también las falencias propias de los procedimientos de laboratorio (falta de condiciones de asepsia, contaminación con bacterias, contaminación cruzada, etc.) o de las técnicas empleadas (temperatura inadecuada, lavado incorrecto de una membrana, etc.) (24).

La doctrina mayoritaria, por el contrario, se ha mostrado proclive a otorgar un peso determinante al resultado positivo obtenido en el examen genético, aun cuando se trate de la única prueba producida en el juicio. En este sentido, observan Grosman y Arianna en tal caso: "Corresponde acoger la demanda de filiación, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo biológico. Es decir, se produciría en el caso una inversión en la carga de la prueba. Se asimilaría esta hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan (art. 417 , CPCCN. [t.o. 1981, LA 1981-B-1472]). No debe perderse de vista que en la moderna ciencia procesal se abren nuevos cauces en orden a la carga probatoria, una visión que Morello denomina solidarista y que... acentúa un criterio de efectiva cooperación en el proceso. Esta tesis reclama, obviamente, un rol más activo del demandado, descartándose aquellos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa" (25).

Por su parte, advierte más cautelosamente Solari que "Resulta difícil que el juez se aparte del resultado de la pericia médica, en virtud del alto grado de probabilidad de las pruebas biológicas. Sin embargo, ello no significa que el magistrado deba acatar, obligatoriamente, tales conclusiones, pues, en definitiva, esas pruebas serán importantes pero no concluyentes para el juzgador, debiendo éste ponderar los demás elementos de prueba que surgen de la causa" (26). Desde la doctrina procesal, entiende Arazi que apartarse de las pruebas biológicas "es casi imposible (o sumamente dificultoso), pues no pueden oponerse a esas pericias otros elementos que no tengan la misma jerarquía y el mismo valor científico" (27). En esta misma línea, Gozaíni ha ido más lejos al afirmar que la tarifación porcentual de la prueba biológica la presenta como alternativa de considerarla una prueba tasada (28). En

fin, resalta Zannoni que la estructura del desarrollo de la tipificación del ADN "supera ampliamente ciertos márgenes de incertidumbre que a veces ha acusado el estudio basado sólo en los marcadores de compatibilidad inmunogenética" (29).

Las tendencias de la doctrina mayoritaria se han visto plasmadas en nuestra actual jurisprudencia, que coincide en otorgar a la prueba biológica una certeza casi absoluta (30).

A modo de ejemplo, en un fallo de la sala B de la Cámara Nacional en lo Civil del 10/5/2005 se resolvió: "Actualmente la doctrina y jurisprudencia concuerda sobre la importancia de las pruebas biológicas, principalmente porque a través de la concordancia hallada en los exámenes genéticos, mediante la investigación del grupo sanguíneo, el sistema de histocompatibilidad (HLA), isoenzimas eritrocitarias, proteínas plasmáticas y recientemente el ADN, puede llegarse a la determinación positiva de paternidad con un alto grado de probabilidad, e incluso cercano a la certeza... Es cierto, como dice el demandado y así se ha considerado científicamente y lo ha resuelto la jurisprudencia, que el método utilizado es de probabilidad de paternidad, por lo que la atribución de paternidad resulta de un porcentaje de probabilidades. Pero cuando, como en el caso de autos el porcentaje es de un 99,99%, ello lleva a la conclusión de paternidad prácticamente probada... No desconozco que se han cuestionado ciertos aspectos de las pruebas biológicas, aunque sin restarle la importancia que tienen en la determinación de la paternidad... De todas maneras debe destacarse que la mencionada prueba de antígenos del sistema HLA se complementa actualmente con el poliformismo molecular del ADN y... cuando varias técnicas diferentes dicen lo mismo de algo, ese algo es muy probable que sea cierto... De todas maneras, como bien se ha dicho, la incertidumbre está siempre presente en la prueba judicial, que sólo pretende una certeza moral o verdad formal. De allí que cuando se tiene un porcentaje estimado de paternidad del 99,99%, como en el caso de autos, resultante de una prueba realizada en un prestigioso laboratorio acordado por las partes y sin ninguna impugnación concreta de la metodología seguida... corresponde presumir paternidad por el alto grado de probabilidad de acuerdo con los resultados periciales..." (31).

En definitiva, las tendencias jurisprudenciales reflejan lo que acontece día a día en la praxis de los tribunales, donde cada vez son más frecuentes los reclamos de filiación que se dirimen con la única prueba del ADN, que en general no es cuestionada por el padre así emplazado. Es más, muchos son los supuestos en los cuales se suspende la producción del resto de la prueba ofrecida a las resultas de las conclusiones de tal examen, tras cuya realización el requerido se allana a la demanda incoada, lo que muestra el alto grado de confianza que existe no sólo entre los magistrados sino también en la población en general en torno de estas pruebas (32).

Pese a la falibilidad de los exámenes de ADN -cuestión que afecta a cualquier medio probatorio-, lo cierto es que por el momento se presentan como el mecanismo más idóneo para determinar la inclusión o exclusión del vínculo filiatorio alegado. Su alto grado de certeza permite considerarla -siempre a la luz de las reglas de la sana crítica y, conforme advierte el art. 4°, ley 23511, "teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia"- como prueba suficiente frente a la ausencia de otros elementos corroborantes.

La cuestión reviste vital importancia precisamente en tales supuestos: cuando la relación sexual que dio origen a la filiación no puede acreditarse por otros medios de prueba, sea porque se trata de una relación ocasional, o de uniones esporádicas, o de relaciones "reservadas" en las que uno de los partícipes (o ambos) tienen sus respectivas parejas estables. Frente a la orfandad probatoria, el resultado científico concluyente reviste un peso fundamental a la hora de determinar la relación filial y de garantizar el derecho a la identidad de quien la reclama, de modo que su rechazo sólo puede sustentarse en sólidas razones que lo justifiquen, es decir, en elementos serios, ciertos y comprobados que demuestren el error o el inadecuado uso de los conocimientos científicos.

Es por ello que aun quienes nos enrolamos en la corriente favorable a la admisión del examen genético como prueba única (y precisamente como consecuencia de ello) resaltamos la necesidad de propiciar que estas técnicas se lleven a cabo en laboratorios especializados, con profesionales idóneos, y mediante los resguardos técnicos necesarios (33).

IV. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: INDICIO O PRESUNCIÓN

a) Un debate superado: la constitucionalidad del art. 4 , ley 23511

Tras la sanción de la ley 23264 , una de las deudas pendientes era precisamente una regulación específica acerca de los efectos derivados de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. En efecto, el proyecto de ley emanado de la Cámara de Diputados había incorporado al art. 253 , CCiv. un párrafo que rezaba: "La negativa a someterse a pruebas biológicas será una presunción que admitirá prueba en contrario". Sin embargo, tal agregado fue rechazado por la Cámara de origen de la norma, es decir, la Cámara de Senadores.

Esta deuda fue saldada dos años después mediante la sanción de la ley 23511 , creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos. El art. 4 de esta norma ley prescribe en la parte 2ª de su párr. 1º que "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el reuente".

Ni bien sancionada la ley, Germán Bidart Campos sostuvo enérgicamente que la disposición mencionada vulneraba el art. 18 , CN. (LA 1995-A-26) en cuanto, al prever que "nadie está obligado a declarar contra sí mismo", veda la autoinculpación, principio operante -según el autor- no sólo en el proceso penal sino también en cualquier otro procedimiento. Así, advertía el constitucionalista: "Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo". Es decir, si existe un derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (comprendido del derecho a no ser compelido a prestar el propio cuerpo), quien titulariza este derecho no puede perjudicarse mediante su ejercicio (34).

Pero la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no acompañaron esta postura. En este sentido, señala Zannoni que "Aun en la posición del autor, debe advertirse que la ley no dispone que la posición renuente implica confesión ficta, es decir, admisión -siquiera tácita- de la paternidad atribuida a quien se resiste. Se limita a inferir, con sentido común, que la negativa o resistencia obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable. Es que el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar estos estudios. Por eso, y aunque el demandado no está `obligado' a prestar su cuerpo... tiene sí la `carga' de hacerlo..." (35).

La cuestión quedó bien sentada por Aída Kemelmajer de Carlucci en su voto en la causa "C. L., M. v. G., A. B.", del 29/8/1995. En dicho fallo se puso de resalto que la mayoría de la doctrina admite que "la negativa acarrea consecuencias procesales en contra del renuente", y que "Las consecuencias que se extraen de la negativa a someterse a estas pruebas no son inconstitucionales. No se compulsas a nadie, sino que se interpreta, conforme a la lógica más elemental, la razón de ser de la conducta asumida por la parte" (36).

Esta postura fue reiterada por la magistrada en un precedente posterior del 24/7/2001, en el cual se destacaron, entre otras razones que determinan la constitucionalidad de la norma, que "la distinción entre prohibir el ejercicio de la compulsión sobre la persona del litigante y extraer consecuencias de una conducta que viola el deber de colaboración; la cercanía de esta posición con la teoría de las cargas probatorias dinámicas...; el deber de rango constitucional de colaboración de las partes con el tribunal, sobre todo cuando la prueba está en poder de una de ellas; la inexistencia de menoscabo en la integridad psicofísica de la persona humana; la aplicación de la regla de la proporcionalidad; el derecho a la identidad, con rango constitucional; el ejercicio abusivo y antisocial del derecho a oponerse, implícito en la negativa à outrance; la circunstancia de que la negativa hace recaer sobre el hijo las consecuencias negativas siendo que la conducta es imputable al padre, violándose el derecho de defensa en juicio, etc." (37).

b) El valor probatorio de la negativa

Nuestra doctrina y jurisprudencia se hallan básicamente divididas en dos vertientes interpretativas de la disposición del art. 4 , ley 23511.

La primera y más tradicional es aquella que interpreta literalmente la regla mencionada, y concluye que la negativa a someterse a la prueba biológica en el juicio filiatorio constituye un indicio grave contrario a la posición sostenida por el renuente (38) . Partiendo de la idea de que los indicios son hechos fuente de presunciones, esta corriente afirma que el indicio (hecho conocido) consistente en la negativa a someterse a los exámenes genéticos sumado a otras pruebas autoriza al juez a sentenciar que el padre alegado es el progenitor del niño. En este sentido, se sostiene que "en la especie juega en plenitud el art. 163 , inc. 5, CPCCN. (39) : la actitud renuente del demandado será un hecho `real' y `probado' -o sea, el hecho básico que se toma como punto de partida y que se denomina `indicio'- que, unido a otros (la norma hace referencia al `número, precisión, gravedad y concordancia'), son los que producirán la convicción del juzgador, que lo habilitará para el dictado de la sentencia estimatoria" (40) .

En cambio, para la segunda postura la actitud renuente debe interpretarse como una presunción que produce la inversión de la carga de la prueba, por lo cual la negativa a someterse a la prueba biológica sería un hecho determinante hasta que el demandado no logre desvirtuarlo; o, lo que es lo mismo, "una prueba tasada que obliga al juez" (41) . Esta tendencia se basa en que las presunciones, como tales, constituyen el resultado de una labor intelectual del juez tendiente a extraer conclusiones de los hechos conocidos (indicios) para inferir la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido (42).

Al momento de sancionarse la ley 23511 algunas interpretaciones doctrinarias de la época ya asimilaban el término "indicio" a "presunción". Así, por ejemplo, Zannoni y Bossert estimaban que la mentada ley recoge como pauta que la negativa a someterse a las pruebas biológicas "hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio quien se niega a las pruebas, pues ninguna razón, en principio, puede justificar esta actitud, cuando se está discutiendo el estado de una persona" (43).

Estas voces que tímidamente empezaron a escucharse tras la aprobación de la ley se han convertido en la tesis mayoritaria luego de la reforma constitucional de 1994 (y la consecuente "constitucionalización del derecho de familia" (nota)<FD 20090070 [44]>) y el desarrollo intelectual en derredor del derecho a la identidad (45) . Siguiendo esta doctrina, entonces, la negativa configura un elemento suficiente por sí solo para hacer lugar a la pretensión filiatoria. En esta tesitura, Kemelmajer de Carlucci ha expresado que "En los supuestos de imposibilidad de obtener prueba suplementaria, la oposición injustificada es suficiente para fundar la sentencia que acoge la pretensión filiatoria, si no existen elementos de convicción que motiven la solución contraria" (46).

En el mismo sendero, Cecilia Grosman y Carlos Arianna afirman de manera categórica que la mera negativa es de por sí suficientemente grave y precisa para hacer lugar a la acción. Al respecto, sostienen que frente a este supuesto "corresponde acoger la demanda de filiación, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo biológico. Es decir, se produciría una inversión de la carga de la prueba. Se asimilaría esta hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan (art. 417 , CPCCN.)" (47) . En particular, agrega Grosman que en el caso "También se podría aplicar en forma analógica el art. 356 , CPCCN., cuando establece que en la contestación de demanda el silencio o las respuestas evasivas pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes" (48).

En nuestra jurisprudencia las posturas se encuentran igualmente divididas, pero con tendencias inversas. En rigor de verdad, la mayoría de nuestros precedentes jurisprudenciales dan cuenta de la sustanciación de otros medios probatorios (testimonial, confesional -con las consecuencias del art. 417, CPCCN. ante la incomparecencia del demandado- o documental) para determinar judicialmente la paternidad, considerando que la negativa por sí misma resulta insuficiente para dictar sentencia favorable a la demanda. Importa un indicio más o menos grave que requiere de otras pruebas para consolidar su eficacia, aun cuando se estima que

necesita de escaso complemento para formar plena convicción, pues tiene un peso muy elevado en relación con los demás indicios que puedan analizarse (49) .

Así, por citar algunos antecedentes, en un caso dictado por el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, n. 5, del 24/10/2002 (50) , se alegó que "Corresponde hacer lugar a la demanda de filiación extramatrimonial si el demandado se niega injustificadamente a someterse a las pruebas biológicas, toda vez que del complejo probatorio aportado por la actora se acreditó la relación sentimental habida, las relaciones sexuales al momento de la concepción y, en definitiva, la existencia del nexo biológico". En otro caso sentenciado por la Suprema Corte de la Provincia Buenos Aires, del 27/2/2008, se subrayó que "si nos atenemos a lo dispuesto por el art. 4 , ley 23511, la norma habla de 'indicio' y no de confesión ficta... La conducta del progenitor sospechado ha de constituir... un hecho real y probado, que constituirá un 'elemento de convicción corroborante' (art. 163, inc. 5) aunque ostentará un alto valor en comparación con los restantes elementos colectados" (del voto del magistrado Genoud) (51) .

Si bien en la mayoría de los procesos de filiación la prueba biológica -o su negativa- no constituye la prueba única rendida, se ha planteado el interrogante acerca de qué solución debe procurarse cuando ello acontece. En otras palabras: ¿puede decretarse el emplazamiento y/o desplazamiento del vínculo filiatorio de un niño cuando el único elemento que se desprende del proceso es la negativa a someterse al examen genético?

En estos términos, y a modo de ejemplo, cabe citar un fallo de la sala M de la Cámara Nacional en lo Civil, del 8/6/1993, en el que se hizo lugar a la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial con la única prueba de la negativa. Allí se sostuvo: "La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica -adoptando una actitud obstaculizadora del proceso que no condice con el esclarecimiento de la verdad objetiva y el logro de la justicia del caso- genera una presunción de paternidad. El valor de la negativa a someterse a las pruebas biológicas debe ser evaluado caso por caso; pero de la negativa, en general, debe extraerse una presunción de lo afirmado por la otra parte, ya que este criterio

repercutirá en los juicios futuros y generará un efecto disuasivo respecto de comportamientos renuentes injustificados en juicios de envergadura y trascendencia como lo es el de filiación" (52) . En un fallo más reciente de la sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, del 19/4/2006 (53) , se subrayó que "En el plexo normativo actual y conforme a los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, se estima que la conducta obstruccionista del demandado en juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial constituye por sí mismo fundamento de suficiente peso para tener por `verosímil' la pretensión de la accionante, ya que resulta razonable concluir que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba que lo señalará como padre... Si el juez debe formar su juicio `de conformidad con las reglas de la sana crítica' (art. 327 , CPCCN.), entre las cuales se encuentran `las máximas de experiencia, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano'..., va de suyo que no puede apartarse de una realidad incontestable: sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede suponer inducir al demandado a negarse a la prueba biológica. No sería `razonable' suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo".

Comparto estas apreciaciones, que se han vuelto una tendencia cada vez más consolidada en nuestra jurisprudencia actual (54) . La mera negativa del demandado de someterse a la realización de la prueba biológica como prueba única rendida en autos adquiere un valor tal, suficiente para hacer lugar a la demanda de filiación, y así castigar la conducta del renuente. Por el contrario, si no se hiciera lugar a la acción, el demandado se hallaría en una posición más ventajosa ante la carencia probatoria. Falta que, en la mayoría de los casos, no responde a un accionar culposo por parte de la actora, sino a la particularidad de las situaciones fácticas presentadas (como he dicho, principalmente relacionadas con encuentros circunstanciales).

Esta solución encuentra su primer fundamento en las modernas tendencias procesalistas que aluden a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, 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 (55) . Como señala Morello, esta visión solidarista del proceso supera el mero interés de las partes como centro de distribución del onus probandi, acentúa un criterio de efectiva cooperación y reclama un papel más activo del demandado, descartándose aquellos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa (56).

Y, asimismo, la interpretación propuesta halla su fundamento constitucional en el resguardo al derecho a la identidad, cuya trascendencia en la constitución subjetiva del individuo permite otorgarle un "peso" mayor a la libertad de intimidad, a la integridad física o a la objeción de conciencia que pudiera alegar el demandado para fundar su negativa a someterse a la prueba biológica.

Sobre este enfrentamiento de derechos, el autor brasileño Netto Lobo afirma que la ponderación de derechos con igual basamento constitucional debe ser analizada de conformidad con el criterio hermenéutico de balanceamiento o ponderación de intereses, recomendando que uno se vea sacrificado por el otro. Agregando que "En este sentido, negar el derecho al conocimiento del origen genético es tan lesivo como el principio de la dignidad de la persona humana en cuanto al sometimiento compulsivo al examen. Apenas el caso concreto indicará cuando uno deberá prevalecer sobre el otro" (57).

En el derecho argentino la respuesta surge de la misma normativa constitucional, cuando en el art. 19 establece un marcado límite al ejercicio de la libertad de intimidad: el daño directo y concreto a los derechos fundamentales de terceros. En este caso la abierta vulneración de los derechos a la verdad y a la identidad del supuesto hijo no permite escudarse en la supuesta violación al derecho a la privacidad o intimidad del supuesto padre. Así, expresa Mizrahi que "Debe percibirse que cuando el demandado se resiste a que se le practique la pericia biológica ya no está actuando en el ámbito de los ideales autorreferentes, donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto. De modo diferente, se trata de una conducta que ingresa en el campo intersubjetivo, lo que implicará que sobre aquella autonomía ha de regir el principio de inviolabilidad de la persona. Así las cosas, el supuesto derecho personalísimo que se invoque quedará

automáticamente sin amparo o limitado en tanto afecta los intereses de otro, el que reclama su filiación..." (58).

En este sentido -más allá de la jurisprudencia nacional ya citada que ha ponderado los derechos en juego- debe destacarse el criterio sentado por el Tribunal Constitucional español en un leading case del 17/1/1994 (59) al decir: "En esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2, CE., lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares". A su vez, siguiendo esta línea, en dos sentencias del Tribunal Supremo, del 25/6/2004 y 15/7/2004, se puso de resalto que la negativa a la práctica de la prueba biológica "atiende a la actitud de falta de colaboración procesal del interesado en la búsqueda de la verdad material... en estos casos, de hallarse la fuente de prueba en poder de una de las partes litigantes, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118, CE.) conlleva a que dicha parte deba contribuir a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda, con los medios más precisos, descubrir la verdad, pues, en otro caso, se premiaría al litigante renuente y sobre todo opositor sin causa para colocar a la parte actora en situación de indefensión..." (60).

Debe destacarse, por último, que la valoración de la negativa a someterse al examen genético como una presunción en contra de la posición sostenida por el renuente ha sido reconocida expresamente en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia del Paraguay dispone en su art. 184 que la negativa a someterse a la prueba genética "deberá considerarse como presunción de paternidad

o maternidad". A su vez, el art. 204, Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo indica que la no colaboración del demandado en el diligenciamiento de la prueba, sin causa justificada, "será tenida como una presunción simple en su contra". En fin, en Venezuela el Código Civil establece en el art. 210 que "A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido 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 consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra".

V. CUANDO LA NEGATIVA PROVIENE DE OTROS PARIENTES

Sentada mi postura en cuanto al valor probatorio de la negativa del demandado en el proceso de filiación a someterse a las pruebas biológicas, dado el escenario del fallo en comentario, cabe dilucidar si las conclusiones expuestas resultan extensivas a aquellos supuestos en que la conducta renuente proviene de los parientes del padre alegado. Esta temática reviste distintos matices, según las circunstancias fácticas del caso.

Así, si el padre alegado está con vida, haya o no comparecido en juicio, su negativa a someterse al examen genético -sea expresa o producto de su rebeldía- será determinante a los fines de dictar sentencia. Sin perjuicio de ello, la citación de otras personas ligadas al proceso puede ser útil para el esclarecimiento del nexo biológico. En tal caso los parientes revisten la calidad de terceros en una litis conexa, con todos los derechos y obligaciones que esta calidad confiere (61), de modo que su negativa es un elemento coadyuvante para presumir la filiación del requirente. Por el contrario, el resultado negativo que se obtuviera de la prueba a la que se hubieran sometido será un indicador muy poderoso para rechazar la demanda.

En cambio, si el padre alegado hubiera fallecido -como en el precedente en glosa- la cuestión se vuelve más compleja. Aquí los parientes del supuesto progenitor serán sus herederos -siempre, obviamente, respetando los órdenes sucesorios- que en su carácter de sucesores universales del causante (conf. art. 3279 , CCiv.) actúan en

calidad de parte demanda en el proceso. En tal caso debe analizarse si su negativa puede o no asimilarse en cuanto a sus consecuencias jurídicas a la que proviene del demandado "directo" o padre alegado.

Y en este punto considero que el art. 4 , ley 23511 no realiza distinción alguna: "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente", sea que se trate directamente del presunto padre o de sus sucesores. Es decir, cualesquiera sean los requeridos en un proceso filiatorio, su actitud remisa tendrá los mismos efectos jurídicos.

Sin embargo, ésta no ha sido una postura pacífica en nuestra jurisprudencia. Más bien parece observarse todo lo contrario. En efecto, la mayoría de los precedentes que han abordado el tema han formulado una distinción según se trate de la negativa del padre alegado o la de sus sucesores.

Así, por ejemplo, en un fallo de la sala J de la Cámara Nacional en lo Civil, del 5/3/1993 (62), en el que se discutía el valor probatorio de la negativa de la supuesta abuela (madre del padre alegado fallecido) a someterse al examen genético, se sostuvo que "es necesario apreciar la normativa legal en función de las particularidades que el caso ofrece, pues si todo el moderno sistema de comprobación funciona en base al análisis de la sangre que se extrae de la persona a quien se le atribuye la paternidad, la certeza que se atribuye al examen hematológico se diluye ante la desaparición de esta persona... Adviértase que así como al demandado incube la carga de expedirse en forma clara, explícita y circunstanciada acerca de cada uno de los hechos contenidos en la demanda, ese régimen no es extensivo al sucesor a título universal de quien participó en los hechos (art. 356 , inc. 1, párr. 2º, CPCCN.), pues la mentada carga se refiere a los hechos personales del demandado..., mientras aquél puede dar respuesta de expectativa para una vez producida la prueba... la situación procesal es distinta que si se tratare del presunto padre, pues en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la abuela, aquella negativa puede servir para corroborar los elementos demostrativos de la paternidad, ya que las máximas de experiencia indican que si la persona imputada como padre no lo fuera realmente, no eludiría la realización de una prueba destinada precisamente a poner de

manifiesto tal imposibilidad filial". Sobre la base de tales argumentos, el tribunal consideró que no cabía otorgar ningún efecto probatorio a la negativa de la demandada a someterse a la prueba biológica.

En el mismo sentido, en una demanda de filiación seguida contra los hermanos del presunto padre, la sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, el 16/3/1994 (63), subrayó que "la situación se presenta diferente si el pretense padre está vivo y es renuente o si ya es fallecido y los renuentes son algunos de los parientes llamados a producir la prueba biológica. Si existen otras pruebas, la biológica viene a robustecerlas o a desecharlas, y si existen otras pruebas contundentes que desvirtúen el vínculo... la presunción del art. 4 evidentemente cede... En concreto, si hubiere otras pruebas, la biológica o su negativa con el alcance expuesto, las robustece y hay que analizarlas y en el caso de autos esas otras pruebas, al menos las analizadas en el fallo de Cámara, son testimoniales solamente, con el agravante de que resultan contradictorias, circunstancia que en la doctrina procesal provoca que se contrarresten".

Por su parte, la sala 1ª de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan el 1/8/2007 (64) dejó sin efecto la sentencia que acogió la demanda de filiación extramatrimonial con fundamento en que la negativa de los hermanos del presunto padre fallecido a realizarse la correspondiente prueba biológica tornaba inaplicable el indicio previsto en el art. 4 , ley 23511, "pues el supuesto contemplado en la citada norma juega para el supuesto padre renuente vivo, y no para sus parientes, máxime cuando, en este último caso, el actor tiene la posibilidad de realizar los exámenes biológicos sobre los restos mortales del presunto padre... El indicio establecido en el art. 4 , ley 23511 tienen un fuerte valor probatorio cuando la negativa es del presunto padre, y dicho valor se relativiza cuando la negativa es de parientes del presunto padre fallecido y se tienen la alternativa de practicar la prueba sobre la base de la exhumación del cadáver, y más aún cuando ésta se encontraba en trámite y el actor fue negligente en producirla".

De la vereda de enfrente, existe jurisprudencia que se ha mostrado favorable a extender las consecuencias previstas por el art. 4, ley 23511 cuando la negativa

proviene de los sucesores universales del padre alegado. Así, en un fallo del 1/9/1998 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (65) sostuvo que "la negativa de la presunta abuela debe ser considerada como una presunción contraria a sus pretensiones. Ello es así primero porque el art. 4 , ley 23511 no distingue si el renuente es el padre o el abuelo de aquel cuyo vínculo filiatorio se busca acreditar...; y en segundo lugar, porque la negativa por parte de la demandada obstaculiza el esclarecimiento de la verdad buscada en este juicio al dificultarle al menor de autos la posibilidad de conocer su origen. La intención de la ley es clara al pretender despejar las dudas que pudieran presentarse en cuanto a la filiación de las personas y es por ello que -prudentemente- no distingue entre las personas habilitadas potencialmente para practicarse dicho análisis".

En la misma línea, la sala J de la Cámara Nacional Civil el 1/2/2000 (66) resolvió: "Pese a que M. S. y N. M. I. M. S. no se opusieron formalmente a colaborar en las pruebas biológicas, lo cierto es que conocidos los informes de fs. 347 in fine y 455 no reiteraron ni reformularon su modo de prestar colaboración, siendo que la ofrecida no resultaba suficiente ni concluyente en el modo en que había sido brindada, con mayor razón si se advierte que cuestionaban las conclusiones de los exámenes realizados con la tía paterna alegada. En consecuencia, teniendo en cuenta la índole de la pretensión en la que también se encuentra interesado el orden público, debo interpretar como negativa la actitud asumida por las accionadas y que tienen relevancia jurídica, en razón de lo dispuesto por el art. 4 , ley 23511, debiéndose entender como indicio en contra de la postura que sostuvieron las nombradas". Así también, la sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, el 28/3/2000 (67) sostuvo que "aun cuando la prueba producida en el expediente para acreditar la filiación fuese insuficiente, la negativa del demandado a someterse al examen médico genético, sumada -en el caso- a la cremación del cadáver cuando el demandado ya había tomado conocimiento de la demanda, conocimiento del que cabe presumir que no eran ajenos a sus herederos, unido a los demás elementos probatorios que pueden ser valorados como prueba indiciaria, me persuaden de que la demanda aquí intentada debe tener andamio".

Ésta es la posición asumida en el fallo en comentario, en el cual, tras destacarse que el art. 4 , ley 23511 crea una presunción contraria a la postura sostenida por el renuente, se afirmó que dicha norma "ha consagrado una norma general, aplicable a todo juicio en que se discuta la filiación", y que "en el plexo normativo actual y conforme a los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, se estima que la conducta obstruccionista del demandado constituye por sí misma fundamento de suficiente peso para tener por verosímil la pretensión del accionante".

Tal como he adelantado, comparto la tendencia expuesta en cuanto a la aplicabilidad del art. 4, ley 23511 a todos los supuestos en que se verifique una actitud renuente del demandado, sea que se trate del padre alegado o de sus sucesores universales. Ante ello, y por las mismas consideraciones realizadas precedentemente en cuanto al progenitor remiso, no puedo más que concluir que la negativa de los sucesores debe considerarse una presunción que, por sí sola, permite el dictado de una sentencia favorable.

En primer lugar, y desde la perspectiva procesal, por cuanto el argumento fundado en lo prescripto por el inc. 1 del art. 356 , CPCCN., en cuanto a que exime al sucesor universal de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, más que liberarlo de tal imperativo, lo difiere a una oportunidad ulterior, después de producida la prueba. Es decir, el sucesor puede contestar la demanda en expectativa, pero ello no lo autoriza a obstaculizar la realización de la prueba, máxime cuando es de vital trascendencia para la justa composición del pleito, lo que nos ubica nuevamente en el campo de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En segundo término, y desde la mirada constitucional, porque nuevamente aquí en la ponderación de los derechos en juego cabe reiterar que el derecho a la identidad del reclamante tiene un mayor "peso" que la libertad de intimidad de los sucesores demandados en la que supuestamente se funda su actitud renuente.

VI. PALABRAS FINALES

El fallo en comentario sienta una postura elogiabile en dos aspectos: i) por un lado, al no distinguir donde la ley no distingue, equiparando los efectos jurídicos de la

negativa a someterse a las pruebas biológicas, sea que la actitud renuente provenga directamente del presunto padre o resulte de la conducta de otros parientes ante su fallecimiento y frente a la imposibilidad de obtener la muestra genética del cadáver; y ii) por el otro, al considerar tal negativa como una presunción contraria a la posición sustentada por el remiso.

Ésta es -a mi criterio- la única interpretación posible de lo normado por el art. 4 , ley 23511 a la luz del plexo constitucional que reconoce el derecho a la identidad en sus múltiples aspectos y condiciona el ejercicio de la libertad de intimidad al resguardo de los derechos fundamentales de los terceros.

Recuérdese en tal sentido lo expresado por el escritor José Saramago: "La ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalmente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida" (68) .

NOTAS:

(1) El fallo fue comentado por Zannoni, Eduardo A., "Acción de reclamación de la filiación post mortem y prueba del nexo biológico", LL del 4/6/2008, p. 3. (ver al final)

(2) El destacado es propio.

(3) Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 65.

(4) Ver Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad `en serio': sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", RDF 2006-33-67.

- (5) Midón, Marcelo S., "Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?", *Revista de Derecho Procesal* 2005-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 273.
- (6) Verruno, Luis, Haas, Emilio J. C., Raimondi, Eduardo H. y Legaspe, Eduardo, "Manual para la investigación de la filiación", 2ª edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- (7) Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", t. II, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 490.
- (8) Kozicki, Enrique, "La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el derecho", LL 1990-D-1192.
- (9) Freud, Sigmund, "Moisés y el monoteísmo", en "Obras completas", t. XXIII, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1980, p. 110, citado por Kosicki, Enrique, "La filiación..." cit.
- (10) Roudinesco, Elizabeth, "La familia en desorden", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 93.
- (11) Midón, Marcelo S., "Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre del derecho", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 30.
- (12) Para una acabada síntesis sobre el desarrollo y el progreso de las llamadas "pruebas biológicas" y su grado de exactitud recomendamos compulsar Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, "Régimen legal de filiación y patria potestad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 97 y ss.; Grosman, Cecilia, "Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad", ED 85-177; Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, "Prueba del ADN", 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001; Ghersi, Carlos (dir.), "Prueba de ADN. Genoma humano", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 23 y ss.; etc. En posición minoritaria, y acerca de la falibilidad del examen de ADN, ver Di Lella, Pedro,

"Paternidad y pruebas biológicas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, y Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., p. 179 y ss.

(13) Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, "Prueba del ADN" cit., p. 5, cuya lectura se recomienda para un acabado desarrollo de esta temática.

(14) Fornes, Claudia, Landi, Carolina, Nicolorich, María Virginia, Chialina, Sergio y Solís, Edita, "Pruebas biológicas en filiación de personas", en "Filiación biológica. Colección temática de Derecho de Familia 3", dirs.: Darío L. Cúneo y Clayde U. Hernández, Ed. Juris, Rosario, 2005, p. 129.

(15) Bernath, Viviana y Herrera Genda, Mariana, "Estudios de identidad", RDF 2002-22-241.

(16) Fornes, Claudia, Landi, Carolina, Nicolorich, María Virginia, Chialina, Sergio y Solís, Edita, "Pruebas biológicas..." cit., p. 129.

(17) Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, "Prueba del ADN" cit., ps. 26 y 27.

(18) Verruno, Luis, Haas, Emilio J. C., Raimondi, Eduardo H. y Legaspe, Eduardo, "Manual para la investigación..." cit., p. 57; Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., p. 68; Midón, Marcelo S., "Pericias biológicas..." cit., p. 42; etc.

(19) Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, "Prueba del ADN" cit., p. 66.

(20) Azpiri, Jorge O., "Juicio de filiación y patria potestad", 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 161.

(21) Di Lella, Pedro, "La filiación. El HLA. Los jueces y los abogados", LL 1989-D-1060; íd., "Falibilidad de las pericias inmunogenéticas", JA 1992-III-563 ; íbíd., "Paternidad y pruebas biológicas" cit.

(22) Di Lella, Pedro, "La filiación. El HLA..." cit.

(23) Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., ps. 73 y 74; íd., "Límites y recaudos en las pruebas biológicas para determinar la filiación", ED 201-949; íbíd., "Prueba biológica y filiación", LL 2005-D-921.

(24) Íd., ps. 74 a 79.

(25) Grosman, Cecilia P. y Arianna, Carlos A., "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LL 1992-B-1193.

(26) Solari, Néstor E., "Importancia de la prueba biológica. Algunas cuestiones surgidas del art. 4 , ley 23511", LL Litoral 1999-387.

(27) Arazi, Roland, "Cuestiones de derecho probatorio: el juez y las partes ante la flexibilización de la carga de probar: prueba científica. Visión actual de las reglas de la sana crítica", en "Temas modernos de Derecho procesal", Ed. Diké, Mendoza, 1999, p. 107.

(28) Gozaíni, Osvaldo A., "Respuestas procesales", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 171

(29) Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil..." cit., t. II, p. 489.

(30) Existe aún una jurisprudencia minoritaria que se muestra cautelosa a la hora de analizar el valor probatorio de las pruebas genéticas, exigiendo su complemento con otros medios probatorios (así, por ej., ver Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 19/10/1995, ED 165-726; C. Apels. Concordia, sala Civ. y Com., 3ª, 25/4/2000, LL Litoral 2001-560; C. Nac. Civ., sala J, 1/2/2000, DJ 2000-II-1195; etc.).

(31) C. Nac. Civ., sala B, 10/2/2005, "D. M. A. v. M. F. s/filiación", .

(32) Prueba de ello es el aumento del sometimiento extrajudicial a exámenes genéticos por parte de quienes presentan dudas acerca de su paternidad. Una investigación promovida por un diario matutino observa que tanto las consultas

privadas como las dispuestas por la justicia aumentaron un 50% en dos años (ver "Crece la demanda de pruebas de ADN", diario La Nación del 19/2/2006, p. 23).

(33) Ver al respecto Grosman, Cecilia P., "De la filiación", en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dir.: Alberto J. Bueres, coord.: Elena I. Highton, t. 1-B, 3ª reimposición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 374; íd., "Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación", JA 1988-II-197; Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil..." cit., t. II, p. 489; Solari, Néstor, "Importancia de la prueba biológica. Algunas cuestiones surgidas del art. 4 , ley 23511", LL Litoral 1999387; Azpiri, Jorge O., "Juicio de filiación..." cit., p. 161 y ss.; etc.

(34) Bidart Campos, Germán, "La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación", ED 157-255; íd., "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio", ED 150-425. Más recientemente se ha inclinado por dicha postura O'Neill, Edmundo, "La prueba genética. El fin y los medios", LLBA 1995-196.

(35) Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil..." cit., t. II, p. 494.

(36) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 29/8/1995, "C. L., M. v. G., A. B.", LL 1996-B-546, con nota de Jorge A. Mazzinghi (h)

(37) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 24/7/2001, "D. R. C. v. A. M. B." , en . En el mismo sentido ver, entre otros, C. Nac. Civ., sala E, 2/10/1987, ED 130-331; íd., sala F, 7/3/1989, ED 137-646; íd., sala A, 21/4/1998, "O., M. C. v. N., E. R." , LL 1998-D-741 y DJ 1998-3-395; Corte Sup., 4/12/1995, Fallos 318:2529; íd., 27/12/1996, "G., M. L. s/querella", Fallos 319:3375 y JA 1999-I, síntesis; Corte Sup. Just. Santa Fe, 19/9/1991, LL 1992-D-536; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., "N.N. s/recurso directo", 4/5/2000; C. Nac. Civ., sala A, 21/4/1998, LL 1998-D-741; íd., sala C, 22/10/1993, ED 157-270; íd., sala H, 4/10/1996, "G., T. M. y otro v. V., G. R. s/filiación", LL 1998-D-69; Sup. Corte Bs. As., 7/7/1998, "S., A. M. v. A., H. M." ; Trib. Col. Familia Rosario, n. 4, 1/3/1994, "B., R. G. v. P., G. N."; Corte Sup. Just. Santa Fe, 19/9/1991, "A., M. v. L., C. L." , LL 1992-D-544; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 15/8/2002, LL 2002-F-747; etc. En doctrina, han

descartado la inconstitucionalidad del art. 4 , ley 23511, entre muchísimos otros, Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., p. 105 y ss.; íd., "La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23511", JA 2004-II-1467; Morello, Augusto M., "Guerra entre Cortes y colaboración efectiva para los resultados del proceso" [J 0003/002226], JA 1994-III-474; Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A., "Prueba del ADN" cit., ps. 193/195; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano", ED 153-928; Solari, Néstor, "Importancia de la prueba biológica..." cit.; Corbo, Carlos M., "Conflicto de intereses entre los derechos a la identidad y a la intimidad" [J 0003/008501], JA 2001-IV-898.

(38) En esta postura se enrolan, entre otros, Di Lella, Pedro, "Paternidad y pruebas biológicas" cit., p. 61 y ss.; íd., "Falibilidad de las pericias inmunogenéticas" [J 0003/1004775-1], JA 1992-III-567; Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit.; p. 105 y ss.; íd., "La convergencia de derechos constitucionales..." cit.; ibíd., "Prueba biológica y filiación", LL del 22/8/2005, p. 5; Méndez Costa, María Josefa, "Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente", LL 1989-E-569; Méndez Costa y D'Antonio, "Derecho de Familia", t. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 129; Medina, Graciela, "Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas (el problema dentro del marco del derecho constitucional civil y del derecho comparado)" [J 0003/001731], JA 1995-IV-340; Bosch, Alejandro F. (h), "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", LL 2003-B-1116; Mazzinghi, Jorge A., "Renuencia paterna a la prueba hematológica", ED 159-184; íd., "Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria", LL 1996-B-544; Arson de Glinberg, Gloria H., "El método de histocompatibilidad sanguínea (HLA). ¿Certeza o probabilidad en la determinación positiva de la filiación", LL 1991-D-6; Gregorio, Carlos G. y Álvarez, Gladys S., "Prueba de exclusión o presunción de paternidad", LL 1992-E-252; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación", LL 1988-D-310; Moisset de Espanés, Luis, "Negativa a someterse a la prueba de

grupos sanguíneos", JA 1974-II-270; Costa, Patricia, comentario al fallo de la C. Nac. Civ., sala G, 5/3/1993, RDF 1994-8-168; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, "Procreación humana asistida", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 269; Midón, Marcelo S., "Pericias biológicas..." cit., p. 58; Castro, Verónica A. y Diana, María José, "La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación", ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Ponencias, t. II, Rosario, 2003, p. 80 y ss.; Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica", 2ª edición actualizada y aumentada, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 129; íd., "La prueba en el juicio de filiación", Revista de Derecho Procesal 2005-2, "Prueba II", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 305 y ss.; etc.

(39) Dicha norma establece en su parte pertinente que "las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".

(40) Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., p. 107. En el mismo sentido ver Di Lella, Pedro, "Paternidad y pruebas biológicas" cit., ps. 65 y 69; Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil" , t. V, Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 450 y ss.; etc.

(41) Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., p. 106.

(42) Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil" cit.

(43) Bossert, Gustavo A., y Zannoni, Eduardo A., "Manual de Derecho de Familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, n. 475.

(44) Al respecto compulsar Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Derecho constitucional de familia", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 1 y ss.

(45) En esta postura se enrolan, entre otros, Azpiri, Jorge O., "Juicio de filiación..." cit., p. 140; Belluscio, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", t. II, p. 295;

Díaz de Guijarro, Enrique, "Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos", JA 1947-III-216; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia" , t. II, 9ª edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1992, n. 745; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Aspectos jurídicos del Proyecto..." cit.; Grosman, Cecilia, "Acción de impugnación de la paternidad del marido", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 183; Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LL 1992-B-1196; Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23264", LL 1986-D-935; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia" , t. II, n. 745, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998; Lloveras, Nora, "La filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y el Perú", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 96 y ss; Kielmanovich, Jorge L., "La negativa a someterse a pericias genéticas", LL 1988-E-810; íd., "Derecho Procesal de Familia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 475 y ss.; Dutto, Ricardo J., "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas", en Revista de Derecho Procesal 2002-2, "Derecho Procesal de Familia II", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 143 y ss.; Calarota, Eugenio O., "Determinación de la paternidad por el sistema HLA o complejo mayor de histocompatibilidad", LL 1985-A-472; Salas, Acdeel E., Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Código Civil anotado", Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 1999; Levy, Lea M., "Filiación", en "Instituciones de derecho privado moderno", coords.: Wajntraub, Javier H., Picasso, Sebastián y Alterini, Juan M., Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; Solari, Néstor E., "La conducta procesal de las partes en el juicio de filiación", LL Litoral, 2005-1194; íd., "Valoración de la prueba biológica. Cuestiones constitucionales y procesales", LL 2001-E-739; Ghersi, Carlos (dir.), "Prueba de ADN" cit., p. 95; Velazco, José R., "Filiación. Prueba biológica", LL 1989-A-115; Gregorio, Carlos G. y Álvarez, Gladys S., "Prueba de exclusión o presunción de paternidad", LL 1992-E-252; etc.

(46) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Aspectos jurídicos del Proyecto..." cit.

- (47) Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa..." cit.
- (48) Grosman, Cecilia, "De la filiación" cit., p. 379.
- (49) Compulsar, entre otros, C. Apel. San Isidro, sala 1ª, 13/10/1988, LL 1989-E-570; íd., sala E, 26/2/1990, LL 1990-C-441; íd., 14/5/1996, "M., A. v. A., R.", LLBA 1996-1084; Sup. Corte Bs. As., 17/10/1995, "C., E. I. v. M., L. s/filiación" , en , n. 70003985; íd., 21/4/1998, "S., M. S. v. F., L." , LL 2000-A-957; C. Civ. y Com. Azul, 26/2/1992, JA 1992-III-563 ; C. Nac. Civ., sala C, 13/6/1996, ED 171-38; íd., 22/10/1993, "M., I. v. P., R", ED 157-270; Trib. Familia Formosa, 30/6/1997, "M., M. G. v. C., B. A.", LL Litoral 1999-387; C. Civ. y Com. Azul, 26/2/1992, JA 1992-III-563; C. Nac. Civ., sala A, 21/4/1998, "O., M. C. v. N., E. R." , LL 1998-D-741; íd., sala D, 18/4/1996, "C., A. G. v. L., R. L." , ED 170-105; íd., sala I, 31/5/1995, JA 1995-IV-340; íd., sala E, 8/5/1997, "S., S. N. v. M., J. C.", LL 1997-E-288; C. Civ. y Com. Junín, 22/9/1995, "M., V. B. v. A., M. J." , ED 169-22; C. Civ., Com. y Lab. Rafaela, 21/8/1996, "Q., Z. A. v. B., F." , LL Litoral 1998-I-434; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, sala Civ. y Com., 2ª, 29/4/1994, "C., M. M. y otra", JA 1995-III-312 ; C. Civ. y Com. Pergamino, 21/11/1996, LLBA 1997-208; C. Nac. Civ., sala H, 11/3/1997, "I., N. y O. v. G., G. E.", ED 172-274; C. Civ. y Com. Concordia, sala 3ª, 25/4/2000, "F., H. v. G., L.", LL Litoral 2001-560; C. Nac. Civ., sala C, 22/2/2001, "V., M. C. v. B., B. O", en ; íd., sala A, 30/5/2003, "S., H. v. S., E.", LL del 18/9/2003; etc.
- (50) Trib. Col. Familia Rosario, n. 5, 24/10/2002, "N., B. v. B., G.", LL 2003-D-351.
- (51) Sup. Corte Bs. As., Ac. 94243, 27/2/2008, "V., A. A. v. E., A. D. s/reclamación de estado. Filiación", .
- (52) C. Nac. Civ., sala M, 8/6/1993, "N. I. A. v. M. O." , JA 1994-IV-776 y LL 1994-A-77.
- (53) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 19/4/2006, "M., B. del V. v. E., P. B. s/filiación - recurso de casación e inconstitucionalidad".

(54) En este sentido ver, entre otros, C. Nac. Civ., sala F, 11/5/1988, "G., C. A. v. L. de G., M. del V. y otro", LL 1988-C-442; íd., 7/5/1989, "G. A., R. N. v. D., A.", LL 1989-E-112; íd., 12/11/1989, "J., M. v. S., H. A." , LL 1991-D-6; íd., sala E, 26/2/1990, "C., J. J. v. S., F. M.", LL 1990-C-440; íd., 29/8/1991, JA 1992-IV-434 ; íd., sala F, 24/8/1992, "L., R. G. y otra v. M., L. A." , JA 1994-I-122; íd., sala M, 8/6/1993, "N., I. A. v. M., O.", LL 19994-A-77; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 27/12/1991, LL 1992-E-253; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/4/1994, "S., E. R. v. L., J. L", ED 159-182; íd., 14/5/1996, "M., A. v. A., R.", LLBA 1996-1084; C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 2/6/1992, JA 1992-III-569 ; C. Nac. Civ., sala C, 13/6/1996, "C., M. L. v. De R., O. A." , ED 171-38 y JA 1999-III, síntesis; íd., sala I, 28/9/1995, "D., R. v. S., J." , JA 1998-I, síntesis; íd., sala H, 4/10/1996, ED 172-274; íd., 11/3/1997, DJ 1998-I-259; íd., 18/6/1999, LL 2000-C-85; íd., sala L, 14/4/1994, "M., C. S. v. E. y L. F., C. M." , JA 1995-II-437; íd., sala D, 2/4/1996, "C., A. G. v. L. L., R. L." , LL 1997-E-467; íd., 18/4/1996, ED 170-105; íd., 17/9/1996, "S., E. B. v. S., H. S." , LL 1998-D-898; íd., 19/3/1999, JA 2000-III-356; íd., sala E, 8/5/1997, LL 1997-E-288; íd., sala A, 21/4/1998, LL 1998-D-741; íd., sala G, 19/3/1999, ED 1874-24; C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 11/12/1996, LLBA 1997-562; C. Civ. y Com. San Nicolás, 22/12/1994, LLBA 1995-1274; íd., 22/5/1997, JA 1998-II-390; C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 3/6/1997, LLBA 1998-287; Trib. Familia Formosa, 30/6/1997, LL Litoral 1999-387; C. Civ. y Com. Mar del Plata, 19/9/1999, RDF, n. 16, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 177; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 28/3/2000, LLBA 2000-907; íd., 11/5/2000, LLBA 2000-1083; Sup. Trib. Just. Jujuy, 10/9/1999, "G., S. R. v. B., J. A." , LLNOA 1999-419; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 4/5/2000, LL Córdoba 2001-23, con nota de Gabriel Bedrossian, "Negativa al análisis de ADN. Único elemento para atribuir la paternidad"; C. Nac. Civ., sala D, 19/12/2002, "A., N. B. v. R., J. s/filiación", ED del 11/12/2003, p. 5; íd., sala H, 10/3/2004, "G. F., S. J. del V. v. P., R.", JA 2005-I-543 ; íd., sala B, 15/2/2005, "D. M. A. v. M. F. s/filiación"; , 21/4/2005; C. Civ. Com. y Min. San Juan, sala 2ª, 21/9/2004, "L., J. N. v. S., F. G.", ; C. Civ. Com. Lab. y Paz Letr. Curuzú Cuatiá, 5/6/2005, "M., V. D. v. G., E. V.", LL Litoral 2005-1194; etc.

(55) Peyrano, Jorge, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL 1991-A-1035; íd., "Carga de la prueba -actualidad-. Dos nuevos conceptos: el de la imposición judicial y el de la sujeción judicial" , JA 1992-IV-744.

(56) Morello, Augusto, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", ED 132-953.

(57) Netto Lobo, Paulo L., "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Da Cunha Pereira, Rodrigo (coord.), IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 527.

(58) Mizrahi, Mauricio L., "La convergencia de derechos..." cit., p. 6.

(59) Tribunal Constitucional español, 17/1/1994, "E. D. A. N. v. E. M. V. s/recurso de amparo 1407/92", en . En la Argentina el fallo fue publicado en JA 1994-III-467 , con nota de Augusto M. Morello, "Guerra entre cortes y colaboración efectiva para los resultados del proceso" cit.

(60) Los fallos completos pueden consultarse en y han sido reseñados en Famá, María Victoria, "Cuestiones - tensiones constitucionales en materia de filiación", RDF 2005-31-256.

(61) Morello de Ramírez, María Silvia, "La abuelitud y la determinación de la filiación", RDF 2001-6-52. Ver también al respecto Bíscaro, Beatriz, "La determinación de la filiación mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética practicada en los abuelos paternos", LL 1987-C-66.

(62) C. Nac. Civ., sala J, 5/3/1993, "B. A., A. v. D. de O., L. s/filiación" , RDF 1992-8-160, con nota aprobatoria de Patricia Costa, "Un caso de orfandad".

(63) Sup. Trib. Just. Entre Ríos, sala Civ. y Com., 16/3/1994, "D., R. R. v. A., J. P.", JA 1995-II-447 .

(64) Corte Just. San Juan, sala 1ª, 1/8/2007, "B. A. N. v. Suc. M. J. H." , .

(65) Sup. Corte Bs. As., 1/9/1998, "M., M. A. v. S. de M., I." , causa 68224, LLBA 1999-57 y DJBA 155-325.

(66) C. Nac. Civ., sala J, 1/2/2000, "M., N. C. v. M. N. A., sucs." , LL 2000-E-740.

(67) C. Civ.y Com. Mercedes, sala 1ª, 28/3/2000, "Z., M. A. v. G., A. E.", LLBA 2000-908.

(68) Saramago, José, "Sin papeles", El Mundo, 4/12/1998, citado en "Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes", Unicef, CIPPEC y Propuestas, Buenos Aires, 2003, p. 9.

Comentario al fallo: Acción de reclamación de la filiación "post mortem" y prueba del nexo biológico - *Zannoni, Eduardo A.*

Publicado en la Revista LA LEY 2008-C, 599-LLGran Cuyo 2008 (junio), pág. 435

El fallo que se comenta, dictado por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Ciudad de Mendoza, hace lugar a la reclamación de la filiación que dedujo el actor contra los herederos de quien — adujo— era su progenitor, ya fallecido.

Los fundamentos del pronunciamiento que confirma el fallo de primera instancia y acoge la demanda son expuestos por la Señora Juez preopinante, doctora Gladys Delia Marsala, a cuyo voto adhieren los restantes miembros del Tribunal, doctora Varela de Roura y Gianella.

Dichos fundamentos, tienen especialmente en cuenta, los siguientes elementos:

1º) No se efectuó prueba biológica porque los demandados se opusieron a su producción;

2º) Los herederos del padre alegado, que fueron demandados, dispusieron la cremación del cadáver del presunto padre y sus dos hijos, prefallecidos, después de haber tomado conocimiento de la existencia de la demanda y, además, se negaron a colaborar en la realización de las pruebas biológicas.

3º) Los testimonios prestados en el juicio, de los cuales resulta probado que el presunto padre y la madre del actor, que trabajaban en el mismo establecimiento a la época de la concepción del actor, mantenían a la sazón una relación sentimental.

Afirma el Tribunal que mediante una adecuada interpretación del plexo normativo actual y conforme a los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética, la conducta obstruccionista de los demandados constituye por sí misma fundamento de suficiente peso para tener por verosímil la pretensión del accionante. En puridad, acoto, no es exclusivamente la conducta obstruccionista de los demandados la que determina el resultado del pleito sino los demás elementos de prueba indiciarios, coadyuvantes, que analiza el pronunciamiento.

La decisión es inobjetable en cuanto al fondo del asunto.

Sólo he de hacer un par de reflexiones que suscita el pronunciamiento:

a) Una, relativa al tiempo en que el actor —que a la sazón contaba con 45 años— promovió su demanda.

Cierto es que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible (art. 251, Cód. Civil), y que el hijo puede ejercer la acción en todo tiempo (art. 254, ibidem), pero el dilatado lapso que deje transcurrir sin promoverla puede jugarle eventualmente en contra por la desaparición de elementos de prueba o por las dificultades sobrevinientes para obtenerlos. Esto es lo que sucede cuando la reclamación se deduce después del fallecimiento del padre alegado si sus restos han sido cremados, lo que impide la extracción de muestras del cadáver para el estudio del ADN (1).

Sabido es que, aun así, es posible establecer el índice de pertenencia a la familia, o sea del parentesco, mediante la realización de las pruebas biológicas con miembros de la familia (otros ascendientes, hermanos, etc.) (2) aunque, claro está, en este caso juega la imposibilidad de disponerlas mediante el empleo de compulsión física sobre los requeridos a colaborar, según la jurisprudencia virtualmente uniforme, lo cual si bien hará operante el indicio a que se refiere el art. 4º de la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529), exigiría la concurrencia de otros indicios coadyuvantes (3).

Si, por hipótesis, quien reclama la filiación conocía el vínculo biológico que lo unía al padre alegado, aguardar a su fallecimiento para promover la acción lo hará cargar con las consecuencias de su inacción. El fallo recuerda un precedente de la Suprema Corte de Mendoza (4) que debió resolver el caso de un hijo que a los 49 años inició una acción de filiación, cuando el presunto padre había fallecido. El Alto Tribunal, se señala, destacó la "gran negligencia y aun el eventual dolo del actor por no haber iniciado la acción de filiación en vida de su presunto padre sin alegar ni probar ningún impedimento para iniciarla en vida del causante". Sin embargo, como bien lo pone de relieve el fallo en comentario, en ese caso se produjo la caducidad de la prueba biológica ofrecida por el actor, a lo que se sumaba que no había tenido posesión de estado con su alegado progenitor y la prueba testimonial fue considerada insuficiente.

b) Precisamente, la existencia, o no, de la posesión de estado puede resultar relevante en las acciones de reclamación de la filiación deducidas post mortem.

Desde luego, sabido es, la posesión de estado de hijo no constituye, a partir de la entrada en vigencia de las reformas de la ley 23.264 (Adla, XLV-D, 3581), un requisito para promover la reclamación de la filiación extramatrimonial después del fallecimiento del padre alegado (como se desprendía del art. 325 del Cód. Civil merced al agregado que le introdujo la Ley de Fe de Erratas de 1882) (5).

Pero no se pierda de vista que, por otro lado, el art. 256 del Cód. Civil dispone que "la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico". De manera que si el actor, imposibilitado de obtener la realización de las pruebas biológicas —fuere mediante la exhumación del cadáver del padre alegado o la realización de ellas con la cooperación de otros parientes—, probase que gozó de posesión de estado de hijo, esta prueba suplirá, en principio a aquéllas, e invertirá la carga de probar.

Y aun cuando no hubiere existido posesión de estado de hijo, si el actor probase el concubinato o convivencia de hecho de la madre con el padre alegado durante el

tiempo de la concepción, se presumirá su paternidad, salvo prueba en contrario (art. 257, Cód. Civil). También en este caso se invertirá la carga de la prueba y pesará sobre los demandados —herederos del padre alegado, ya fallecido— descartar la paternidad alegada por el actor y presumida por la ley (6).

(1) Existe una interesante tendencia legislativa en el derecho comparado que consiste en que, previo a la cremación de un cadáver, se disponga la extracción de muestras de su ADN a fin de conservar la información de los datos genéticos en un Banco —v.gr., el Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por la ley 23.511—, y así evitar la cremación como un modo de impedir una acción de filiación post mortem.

(2) Ver, CHERI, Primarosa - ZANNONI, Eduardo A., "Prueba del ADN", 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2001, pág. 96 y sigtes., n° 33, c. 5.

(3) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Identidad genética y pruebas biológicas", Bs. As., Astrea, 2004, pág. 105 y sigtes., n° 41.

(4) SCJ Mendoza, "in re" "Morales, B c. D. de F" publicado en: LL Gran Cuyo, julio/2006, 731, con nota aprobatoria de ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Acción de filiación y de petición de herencia y colación "post mortem patris".

(5) Ver, al respecto, nuestro "Derecho de Familia", 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006, t. II, pág. 407, n° 987.

(6) En un caso como el que resuelve el fallo comentado, la cremación de mala fe de los restos del padre alegado y sus hermanos, constituye un indicio coadyuvante en contra de los demandados pues conforme a la inversión del onus probandi serían ellos quienes deberían probar la no paternidad mediante la realización de las pruebas biológicas.