



**“FILIACIÓN: NEGATIVA DEL SUPUESTO PADRE A SOMETERSE
A LA REALIZACIÓN DEL EXAMEN DE ADN”**

Nelson Mariano Miranda Calbrigo

Trabajo Final de Graduación Abogacía

Universidad Empresarial Siglo 21

Año 2.012





RESUMEN EN CASTELLANO

“Filiación: Negativa del supuesto padre a someterse a la realización del examen de A.D.N.”

En los juicios de filiación, cuando se propicia la realización de pruebas biológicas, se puede producir la oposición por parte del demandado con lo que se produce un enfrentamiento o conflicto entre dos derechos jurídicamente valiosos y de aparente igual rango jerárquico: por una parte el derecho de quien pretende un emplazamiento filiatorio (derecho a la identidad), y por la otra los derechos del demandado –presunto progenitor- (derecho a la intimidad). En nuestra opinión el derecho que debe prevalecer es siempre el derecho a la identidad, y los Tribunales deben hacer lo posible a fin de que la verdad jurídica (legal) coincida con la verdad biológica (real). Sostenemos incluso que se debería permitir la extracción compulsiva de material probatorio, ya admitida en materia penal (aunque con ello se quiebre la paz social o familiar), y así obtener el aval judicial a los resultados que la ciencia y la tecnología le otorgan (casi 100 % de certeza); Por otro lado, sostenemos la inversión de la carga de la prueba a la luz de los principios procesales de buena fe, cooperación y solidaridad que informan el proceso civil, cuando la acreditación de un determinado hecho sea excesivamente difícil ó imposible para una de las partes.-

ABSTRACT IN ENGLISH

"Affiliation: Refusal of the alleged father to submit to the examination of D.N.A."

In trials of affiliation, when favorable biological testing, the opposition may occur by the defendant thus a confrontation or conflict between two valuable legal rights and equal seniority apparent: firstly the right who seeks a construction of filiation (right to identity), and the other rights of the defendant, presumed progenitor-(right to privacy). In our opinion the law should prevail is the right to identity, and Courts should strive to ensure that the legal right (legal) coincides with the biological truth (real). Even argue that it should allow extraction compulsive evidentiary material, and admitted in criminal matters (although this would break the social peace or family), and obtain legal endorsement to the results that science and technology give (almost 100% certainty), on the other hand hold the reversed burden of proof in light of the procedural principles of good faith, cooperation and solidarity that inform civil



procedure when the accreditation of a particular event is exceedingly difficult or impossible for a party. -



Agradecimientos:

- Agradezco especialmente a mi familia, a mi hija María Victoria y mi pareja afectiva Flavia, por tantos consejos, contención y ayuda, tanto moral como material a lo largo no solamente de la redacción del presente trabajo, sino también a través del cursado de toda la carrera.-

- Agradezco asimismo a mi suegra Rosa, por tantas horas trabajadas de niñera “Ad-Hoc” en forma amorosa y desinteresada. A mis padres y hermanos, por su apoyo desinteresado.-

-Y por último, a mis jefas, Dras. Sandra Liliana Dibattista (Secretaria) y Mariela Verónica Cano (Asesora de Menores e Incapaces), por la ayuda recibida, consejos, apoyo, y material facilitado, asimismo a las Dras. Paola Muzaber, Victoria Rosas, Marlene Guizasola, y a la bibliotecaria Marcela Reynoso.-

Índice

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Introducción.....pág. 11

1- Objetivos.....pág. 14

2- Justificación y relevancia.....pág. 15

3- Preguntas de investigación.....pág. 17

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES

Consideraciones generales.....pág. 18

1- Conceptos básicos.....pág. 19

2- Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisdiccionales.....pág. 25

CAPITULO III

LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. VALORACIÓN

Las Pruebas Biológicas. Valoración.....pág. 35

1. Genética Humana- Conceptos Básicos.....pág. 36

2. Las pruebas genéticas en la filiación. Características.....pág. 42

3. Admisión de la prueba genética en el Derecho Argentino...p. 47

4. Facultad privativa de los jueces para ordenar su realización-
Valoración de la prueba pericial.pág. 51

5. Su Valor probatorio intrínseco y frente a pruebas no biológicas
- Obligatoriedad de su realización.....pág. 56

CAPITULO IV

IDENTIDAD. VERDAD BIOLÓGICA. FILIACIÓN CIERTA

Identidad. Verdad Biológica. Filiación cierta	pág. 63
1. El valor identidad. Su fundamento filosófico.....	pág. 64
2. Derecho a la filiación cierta como presupuesto de la identidad persona. Su recepción en el Derecho.....	pág. 69
3. Legislación extranjera.....	pág. 71
4. Derecho Argentino.....	pág. 75

CAPITULO V

INTIMIDAD

Intimidad	pág. 81
1. Concepto.....	pág. 82
2. Naturaleza y Características.....	pág. 86
3. Incorporación en el Derecho Argentino.....	pág. 90

CAPITULO VI

DERECHO A LA IDENTIDAD CONTRA DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONFLICTO FILIATORIO.

Derecho a la Identidad contra Derecho a la Intimidad en el conflicto filiatorio	pág. 93
Prioridad de Derechos.....	pág. 94

CAPITULO VII

POTESTAD JURISDICCIONAL- NEGATIVA A SUMINISTRAR ELEMENTO PROBATORIO. “PRESUNCIÓN EN CONTRA Ó COMPULSIÓN FÍSICAS



Potestad jurisdiccional- Negativa a suministrar elemento probatorio.
“Presunción” en contra ó compulsión física.....pág. 97

Potestad Jurisdiccional.....pág. 98

- a- Indicio en contra del renuente (art. 4º Ley 23.511).p. 100
- b- Compulsión física en el proceso civil y en el proceso penal.....pág. 109
- c- Posición extrema.....pág. 119

CAPITULO VIII

CARGA PROBATORIA EN UNA PRAXIS JUDICIAL FUNCIONAL

Carga probatoria en una praxis judicial funcional.....pág. 122

- 1. Introducción.....pág. 123
 - a- La carga probatoria. Reglas de su distribución.....pág. 125
 - b- Las mejores condiciones de probar- la carga probatoria
dinámica en un proceso justo.....pág. 127
 - c- El Ministerio Público- Su intervención. Art. 255
del C.C.....pág. 130
- 2. La jurisdicción frente a la demanda de respuestas judiciales
útiles- El proceso y la verdad jurídica objetiva.....pág. 136

CAPITULO IX

CONCLUSIONES

Conclusión.....pág. 140

CAPITULO X

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA



Bibliografía consultada.....pág. 143

CAPITULO I
INTRODUCCIÓN



1- Introducción:

El mundo que conocemos, sujeto a formidables mutaciones socio-culturales se ha ido transformando. Dicha transformación tiene su base en los asombrosos logros científicos que se proyectan e informan de importantes fenómenos en los planos político, económico, artístico, jurídico, etc... y de esta manera se asiste hoy a un cambio fundamental en la órbita del reconocimiento de derechos, tanto individuales como sociales, en todas las ramas del derecho y muy especialmente en el Derecho de Familia.-

En los juicios de filiación, cuando se propicia la realización de pruebas biológicas, se puede producir la oposición por parte del demandado con lo que se produce un enfrentamiento o conflicto entre dos derechos jurídicamente valiosos y de aparente igual rango jerárquico:

-por una parte, el derecho de quien pretende un emplazamiento filiatorio (derecho a indagar; conocer su estado de familia).-

-y por la otra los derechos del demandado –presunto progenitor- (derecho a la intimidad, a la integridad física), y según acota Bidart Campos (1.992) derecho a la negativa a someterse a las Pruebas Biológicas, como extensión del derecho constitucional de no declarar contra sí mismo, o que le son afectados otros derechos fundamentales, tales como la vida, la salud o la integridad corporal.-

Se presenta el problema, de a cuál de ellos se le dará prioridad, en el caso particular. En el marco de lo expuesto, y ante la negativa del presunto progenitor a realizarse el examen de ADN –el cual conviene adelantar que poseen un porcentaje de eficacia del 99,99%- el hijo puede ver truncado su derecho a conocer su realidad biológica pese a los avances de la tecnología.-

Es sobre este punto, donde se produce la mayor actividad encontrada, tanto en la interpretación doctrinaria como jurisprudencial, no solo de la garantía constitucional en sí, sino también en cuanto a principios procesales, de gran valor, como el de colaboración para la producción de una prueba concluyente.-

Tal como se ha plasmado a través de la reforma que introdujo la Ley 23.264, en materia filiatoria, el querer de la norma, es que haya conciencia entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico. De allí que la responsabilidad procreacional, funciona



como base esencial del deber jurídico de reconocer al hijo que se ha engendrado, con sus consecuencias, y del derecho del hijo a demandar jurídicamente su filiación, si no se ha cumplido voluntariamente con tal reconocimiento.-

Este trabajo abarcará el periodo temporal que transcurre desde la publicación de la Ley 23.264 el año 1.985, y mediante la cual se introdujo el ADN como medio de prueba en el proceso judicial, hasta la actualidad.-

Se estudiará la Ley 23.511 debido a su importancia trascendental en la materia, la jurisprudencia que interpretó lo que la ley decía y la opinión de los doctrinarios y analistas del derecho.-

Los niveles jurídicos de análisis a los que referirá la investigación corresponden a doctrina, legislación y jurisprudencia del ámbito nacional fundamentalmente. Asimismo se combinará en algunos apartados con jurisprudencia provincial y de Derecho comparado, doctrina internacional, y legislación provincial y de Derecho comparado.-

El trabajo final de grado comprenderá cuatro partes fundamentales. En la primera de ellas –que abarca los capítulos I a III- analizaremos los conceptos básicos, antecedentes y las pruebas biológicas, su valoración, sus características, la admisión en el Derecho Argentino, la facultad privativa de los jueces para ordenar su realización, y el valor probatorio intrínseco y frente a pruebas no biológicas.-

En la segunda parte –que abarca los capítulos IV y V- haremos mención al derecho a la identidad de los menores, a saber su verdad biológica, y lo compararemos con el derecho a la intimidad dentro del conflicto filiatorio, tratando de dilucidar que derecho tiene prioridad.-

En la tercer parte –que abarca los capítulos VI y VII- analizaremos que sucede ante la negativa del presunto progenitor a suministrar el elemento probatorio, la “presunción” en contra que se genera y si es posible la compulsión física. Para lo cual analizaremos detenidamente el art. 4 de la Ley 23.511 a nivel nacional, como asimismo el derecho comparado sobre la materia.-

El art. 4 de la Ley 23.511 establece que *“Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las*



experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente...”.-

El problema se suscita entonces cuando no existe otra constancia en el expediente de la paternidad del demandado que su negativa a las pruebas biológicas, ¿Cómo juega el indicio establecido en la norma?, o de otra manera ¿es suficiente para determinar la paternidad?

Y por último, en la cuarta parte –que abarca el capítulo VIII- analizaremos la carga probatoria en el juicio de filiación y la intervención del Ministerio Público según el art. 255 del C.C.-



2- Objetivos

Objetivo General:

❖ Analizar qué derechos constitucionales deben prevalecer entre la identidad del menor y el de la intimidad del progenitor ante la negativa del supuesto padre a someterse a un estudio de ADN.-

Objetivos Particulares:

❖ Analizar las pruebas biológicas, su valoración, sus características, la admisión en el Derecho Argentino, la facultad privativa de los jueces para ordenar su realización, y por último el valor probatorio intrínseco y frente a pruebas no biológicas.-

❖ Describir el Derecho a la identidad y a la intimidad, y explicar qué sucede ante la negativa del presunto progenitor a suministrar el elemento probatorio, la “presunción” en contra que se genera y si es posible la compulsión física.-

❖ Analizar en detalle el art. 4 de la Ley 23.511 a nivel nacional, como asimismo el derecho comparado sobre la materia.-

❖ Explicar la carga probatoria en el juicio de filiación y la intervención del Ministerio Público Pupilar según el art. 255 del C.C.-



3- Justificación y relevancia de la temática elegida:

El tema propuesto reviste un considerable grado de importancia, ya que se encuentran en juego dos derechos con jerarquía constitucional, por un lado el derecho a la identidad y a conocer su realidad biológica, y por el otro los derechos de intimidad y a la integridad física, la relevancia del presente trabajo es determinar qué derecho tiene prioridad.-

Asimismo, es importante a fin de determinar qué sucede en el juicio de filiación ante la negativa del progenitor a someterse al examen de ADN cuando no existen otra constancia en el expediente de la paternidad del demandado, más que su negativa a las pruebas biológicas.-

El presente trabajo tiene gran relevancia para la sociedad, ya que mediante el mismo se intentará justificar una solución a esta problemática tan común en los tiempos actuales.-

Por otro lado mediante la investigación se ayudará a resolver problemas que se suscitan ante la negativa del progenitor a someterse a las pruebas de ADN. Asimismo se logrará llenar un hueco de conocimiento, debido a que con la presunción generada por el art. 4º de la Ley 23.511 acompañada de otra prueba se podrá determinar la paternidad del progenitor.-

La temática reviste gran valor teórico, ya que la información que se obtenga puede servir para comentar, desarrollar o ampliar una teoría sobre la negativa a someterse a los exámenes de ADN. Asimismo admite la posibilidad de una exploración fructífera respecto a las pruebas de ADN, su valoración, si es posible la compulsión física en materia civil y penal, la carga probatoria en el juicio de filiación, las reglas de su distribución, etc.-

Asimismo, y teniendo en cuenta que se podrá conocer en mayor medida el comportamiento de la jurisprudencia, cada vez va a ser menor la negativa del progenitor a realizarse los exámenes por lo que cada vez habrá más certezas debido al gran porcentaje de acierto de las pruebas biológicas.-

El presente trabajo, por último, tiene una gran utilidad metodológica ya que puede ayudar a crear un nuevo instrumento para recolectar y/o analizar datos, ayudará a la definición de los conceptos de pruebas biológicas, derecho a la intimidad e



identidad, y su relación ante la negativa del supuesto padre a someterse a un estudio de ADN.-

4- Preguntas de investigación:

¿Ante la negativa del supuesto padre a someterse a un estudio de ADN cuál de los derechos constitucionales debe prevalecer entre el de la identidad del menor y el de la intimidad del progenitor?

Preguntas de investigación:

❖ ¿Qué son las pruebas biológicas? ¿Cuál es la importancia científica de la prueba de ADN? ¿Cómo es su valoración? ¿Qué características presenta? ¿Cómo fue su admisión en el Derecho Argentino? ¿En qué consiste la facultad privativa de los jueces para ordenar su realización? ¿Cuál es su valor probatorio intrínseco y frente a pruebas no biológicas? ¿Tiene derecho el niño a conocer su realidad o historia biológica?

❖ ¿Qué es el derecho a la identidad? ¿Cómo ha sido receptado en el Derecho extranjero y argentino? ¿Qué es el derecho a la intimidad? ¿Cuáles son sus principales características y naturaleza jurídica? ¿Cómo ha sido receptado en el Derecho argentino? ¿Cuál Derecho Constitucional debe prevalecer?

❖ ¿Qué sucede ante la negativa del presunto progenitor a suministrar el elemento probatorio? ¿Qué “presunción” en contra se genera? ¿Es posible la compulsión física? ¿Qué sucede en el derecho Civil? ¿Qué sucede en el Derecho Penal? ¿Qué sucede en el Derecho Comparado?

❖ ¿Qué establece el art. 4 de la Ley 23.511? ¿Existe derecho comparado sobre la materia?

❖ Cuando no existe otra constancia en el expediente de la paternidad del demandado más que su negativa a las pruebas biológicas, ¿Cómo juega el indicio establecido en el art. 4 de la Ley 23.511?, o de otra manera ¿es suficiente para determinar la paternidad?”

❖ ¿Cómo es la carga probatoria en el juicio de filiación? ¿Cuáles son las reglas de su distribución? ¿Interviene el Ministerio Público Pupilar?

CAPITULO II
CONSIDERACIONES GENERALES



1- Conceptos básicos:

Se puede afirmar que la filiación “...comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras...” (Gallegos Pérez, 2006, p. 65).-

Al decir de la Profesora Adriana María Warde (2011), “la filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos”.-

Puede suceder que no toda persona tenga una filiación o estado filial, como asimismo puede ocurrir que la filiación biológica no coincida con la filiación jurídica (por ejemplo, si alguien siendo padre biológico, pierde el juicio de reclamación por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada).-

La filiación puede ser vista desde dos perspectivas: como una relación jurídica entre un padre y su hijo (o una madre y su hijo) y como un estado civil (posición de una persona en relación con su sociedad).-

Analizando históricamente el concepto de filiación, Warde (2011) manifiesta que el Código Civil no sólo estableció originariamente la categoría de hijos legítimos e ilegítimos sino que además entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales.-

Los Sacrílegos eran los hijos de clérigos de órdenes mayores o de padre o madre ligados por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica, esta categoría desapareció con la sanción de la ley 2.393.-

Los incestuosos eran los nacidos de quienes eran hermanos, ascendientes o descendientes.-

Los adulterinos eran aquellos cuyos padres no podían casarse a la época de la concepción del hijo por tener uno de ellos o ambos, impedimento de ligamen.-

Respecto a todos ellos, la ley proclama que no tenían por las leyes padre, ni madre, ni derecho a investigar la paternidad o la maternidad. Sólo se les permitía reclamar alimentos hasta los 18 años de edad si habían sido reconocidos voluntariamente y estaban imposibilitados para proveer a sus necesidades.-



Los hijos naturales nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo, tenían cierto estado de familia ya que se les permitía demandar por reclamación de filiación, solicitar alimentos y tenían porción hereditaria a la muerte de sus padres aunque concurriendo con hijos legítimos, esa porción equivalía a un cuarto de la parte de éstos.-

La ley 14.367 de 1.954 eliminó las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales y les confirió a todos, los derechos que hasta ese momento tenían los hijos naturales, además elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de los que correspondería a un hijo matrimonial.-

La ley 23.264 de 1.985 establece que la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos: sin embargo las categorías de hijos matrimoniales y extramatrimoniales se mantienen, pero esto, para crear distinguos entre unos y otros en cuanto a derechos reconocidos, sino por que es diversa la forma de establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.-

Clases:

La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. Tres son las clases de filiación que se conocen:

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 paterno – filial creado por el derecho. Puede ser simple o plena, según se extinga o no el vínculo biológico, respectivamente.

Dispone a este respecto el art. 240 C.C.: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción”*.

- La filiación por naturaleza puede ser Matrimonial o Extramatrimonial

- La filiación Adoptiva puede ser Simple ó Plena

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de nuestro Código Civil.-



Modos de determinación:

-Legal: cuando la propia ley en base a ciertos supuestos de hecho, la establece, ej. la presunción de paternidad matrimonial.-

-Voluntaria: cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo.

-Judicial: la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida en base a las pruebas relativas al nexo biológico.-

Principios que informan el Derecho Argentino en Materia de Filiación:

Warde (2.011) expresa en la cátedra de Derecho de Familia de la Universidad Empresarial Siglo XXI, que la igualdad de los hijos y la verdad biológica representan dos de las ideas claves que han inspirado al legislador en la reforma de la filiación completándose con el de la protección a la familia.-

1.- El principio de la igualdad. En el sistema anterior las categorías de hijos traía aparejadas diferencias fundamentales en el régimen de las relaciones paterno – filiales, según se tratara de una u otra categoría de hijos, la ley regulaba las distintas situaciones siempre en perjuicio de los hijos extramatrimoniales. Hoy ha terminado la discriminación, la igualdad de los hijos es el primer principio que inspira a la reforma. La legitimidad o ilegitimidad como calificante de la filiación ha desaparecido. Ello tornó innecesario en el sistema general, las normas sobre la legitimación de hijos: siendo todos iguales ante la ley, el posterior matrimonio de los padres de un hijo habido fuera de las nupcias, no produce efecto alguno. Y se modifican correlativamente las normas de la ley 19.134 de adopción que autorizaban la del propio hijo extramatrimonial.-

Pero también la igualdad se evidencia en que todos los hijos (sin límite alguno) tienen derecho a la verdad de su origen: toda filiación por naturaleza puede ser establecida.-

2.- El principio de la verdad biológica: ha influido decididamente en la admisión de las pruebas biológicas para determinar la filiación. El progreso de la medicina y de la biología, que mediante sus descubrimientos aseguran resultados objetivos (científicamente) en la determinación del padre genético. El grado de



certeza acumulativo en la determinación de la paternidad alcanza el 100 % en las pruebas que hoy se realizan en el país. En la determinación judicial de la filiación es donde adquiere mayor relevancia el principio de la verdad biológica, ya que las pruebas biológicas en las acciones respectivas pueden decretarse aún de oficio (art. 253 C.C.).-

3.- El principio de protección a la familia: se lo denota en la restricción a la legitimación activa en la impugnación de la paternidad matrimonial: la acción sólo puede ser ejercida por el esposo y por el hijo, previéndose el supuesto de muerte del marido en cuyo caso se legitima a sus sucesores en las condiciones previstas en la norma.-

La protección a la familia se perfila también en la creación de un requisito de admisibilidad en la acción de impugnación en la paternidad: la previa acreditación de la verosimilitud de los hechos en que se funda la petición, exigencia que opera también en la acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial por expresa disposición de la ley. La circunstancia que hemos marcado y otras junto a la revalorización de la posesión de estado debidamente acreditado en juicio nos permite afirmar que la protección a la familia en la cual el hijo se desarrolla realmente pone freno a lo que puede considerarse como un avance inusitado del nexo biológico. Ya que el principio de la verdad biológica se modera con el de la protección del núcleo familiar.

Formas de determinar la paternidad o maternidad extramatrimonial (art. 274 y 248 C.C.):

1- La declaración formulada ante el Oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas:

Esta Hipótesis trata el supuesto de que el reconocimiento este contenido en la partida inscrita en el Registro. Pude ocurrir que ambos padres concurren al Registro a inscribir el reconocimiento del hijo conjuntamente o bien que inscripto por uno de ellos o atribuida la maternidad, el reconocimiento del padre sea posterior.-

2- La declaración Contenida en instrumento público o privado debidamente reconocido.-



Los instrumentos públicos son los del art. 979 C.C., en consecuencia el reconocimiento puede ser formulado en escritura pública, por acta judicial, ante el Juez de paz, etc. Recuérdese que el instrumento público hace plena fe entre las partes y contra terceros en cuanto al hecho de haberse producido el reconocimiento contenido en él (art. 994 y c.c. del C.C.).-

En el caso del reconocimiento formulado por instrumento privado, el mismo debe estar debidamente reconocido. Ya que el mismo si esta debidamente reconocido (art. 1.012 y s.s.) tiene el mismo valor que el instrumento público entre quienes lo han suscripto y sus sucesores. Si es negada la autenticidad del instrumento privado será objeto de prueba en la pertinente acción de filiación (art. 254 C.C.).-

3.- Las disposiciones contenidas en actos de última voluntad: en los supuestos 2 y 3 será conveniente la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de los instrumentos públicos que contengan la disposición de última voluntad (del reconocimiento).-

Acciones relativas a la filiación:

Las acciones de filiación, según Warde (2.011), se clasifican según el efecto de la sentencia en:

1) Constitutivas de Estado: Son las que crean, modifican o extinguen el estado de familia. Tienen efecto no retroactivo.-

Se clasifican en: a.- Acción de adopción (art. 311 C.C.)

b.- Acción de revocación de la adopción simple (art. 335 C.C.).

2) Declarativas de Estado: Son las que se limitan a reconocer una situación jurídica existente, a establecer el verdadero estado de una persona cuando no concuerda con el jurídicamente aparente. Tienen efecto retroactivo.-

Se clasifican en:

a.- De reclamación: Busca el reconocimiento del estado preexistente (cobran particular importancia en el presente trabajo).-

-Hijo matrimonial (art. 254 C.C.)

-Hijo extramatrimonial (art. 254 C.C.)



b.- De Impugnación o contestación: Son de desplazamiento y tienden a destruir el vínculo existente.-

-Impugnación de paternidad matrimonial (art. 258/259 C.C.)

-Negación de paternidad matrimonial (art. 260 C.C.)

-Impug. maternidad mat. o extramatrimonial (art. 261/262 C.C.)

-Impug. del reconocimiento paterno y/o materno (art. 263 C.C.)

-Acción de nulidad de la adopción (art. 337 C.C.).- (Warde, 2.011)

Efectos:

La filiación tiene importantes efectos jurídicos, encontrándose entre los más importantes, los siguientes:

- En derecho de familia la filiación origina la patria potestad, el que en algunas legislaciones se divide en la custodia personal del menor y la custodia patrimonial de sus bienes, la obligación alimenticia en caso de vida separada de los padres, el derecho a la relación directa y regular entre el hijo y el padre que no tiene la custodia del primero, el deber de socorro y ayuda mutua, el deber de educar al hijo.-

-Determina los apellidos de la persona, que se registrarán en función de la legislación concreta aplicable.-

- En derecho sucesorio obliga a la reserva de la legítima y es el heredero legal prioritario (junto con el resto de hermanos).-

Entre los efectos extra-civiles podemos mencionar:

- En derecho penal puede alterar la punibilidad de un delito (en algunos casos como excusa legal absoluta, y en otras bien como atenuante, bien como agravante).-

- En derecho constitucional e internacional público, puede comunicar la nacionalidad de los padres a los hijos de éstos, en los casos de regla de ius sanguinis.-

De este modo quedan sentados, aunque en forma muy acotada, los principios básicos sobre filiación.-



2- Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales:

En todo juicio de filiación se produce un enfrentamiento o conflicto entre dos derechos jurídicamente valiosos: por una parte, el derecho de quien pretende un emplazamiento filiatorio (derecho a indagar; conocer su estado de familia) y por la otra los derechos del demandado –presunto progenitor- (derecho a la intimidad, a la integridad física), y según acota Bidart Campos (1.992) derecho a la negativa a someterse a las Pruebas Biológicas, como extensión del derecho constitucional de no declarar contra sí mismo.-

Dentro de los derechos civiles, que gozan de jerarquía constitucional, están los derechos de la personalidad (Ej. intimidad o privacidad –resguardo de la integridad física; no auto incriminarse, derecho a la propia identidad) que se encuentran implícitos en el art. 19 de la Constitución Nacional y consagrados en La Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención de los Derechos del Niño y otros más, que como sabemos son ley positiva argentina.-

Estamos por ende, frente a dos derechos de igual rango jerárquico, presentándose el problema, de a cuál de ellos se le dará prioridad, en el caso particular, cuando el presunto padre se niegue a someterse a la realización de las pruebas genéticas, que permitirán establecer la existencia ó no del nexo biológico.-

En esta breve exposición presentaremos los antecedentes más relevantes en materia de filiación en nuestro país.-

En los juicios de filiación, cuando por el actor o de oficio, se propicia la realización de pruebas biológicas, prácticamente de rigor, se puede producir la oposición por parte del demandado a la misma invocando para justificar su negativa diferentes motivos, como puede ser su derecho constitucional a la identidad, a “no declarar contra sí mismo”, o que le son afectados otros derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, ó la integridad corporal.-

Es sobre este punto, donde se produce la mayor actividad encontrada, tanto en la interpretación doctrinaria como jurisprudencial, no solo de la garantía constitucional en sí, sino también en cuanto a principios procesales, de gran valor, como el de colaboración para la producción de una prueba concluyente.-



Como primer antecedente **legislativo** encontramos el artículo 325 del Código Civil que disponía “*Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre o para que el Juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren a demostrar la filiación*”.-

Pero la introducción del ADN como medio de prueba en un proceso judicial llegó prácticamente con la sanción de la Ley 23.264. Antes de la reforma de la Ley 23.264 la filiación se asentaba exclusivamente en la voluntad de los padres, con dicha reforma al Código Civil, se introduce en nuestro derecho una total amplitud en materia probatoria, en todas las acciones de estado relativas a la filiación; en éstas, las pretensiones tienen por objeto se establezca jurídicamente el nexo biológico paterno-materno filial, ya sea mediante un emplazamiento o un desplazamiento, según la pretensión de la acción intentada.-

El art. 253 del Código Civil, expresamente establece que “*En las acciones de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio ó a petición de parte*”.-

Nuestro derecho positivo admite así, las pruebas biológicas, las que no solo pueden ser solicitadas por las partes, pudiendo el propio órgano jurisdiccional decretar de oficio su producción.-

Posteriormente, en el año 1.987, se sanciona la Ley 23.511, por la cual se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (B.N.D.G.) a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y el esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación, según reza en su Art. 1.-

En el Art. 4 de dicha ley se plasma una norma que, mayoritariamente se interpreta, tiene por finalidad ser aplicable en todo tipo de proceso filiatorio; así surgiría de la amplitud de su texto, que no lo circunscribe solamente a los casos de determinación de identidad de niños nacidos en cautiverio e hijos de desaparecidos, durante el proceso militar, sino que es de aplicación a todos los casos de filiación.-

Art. 4 de la Ley 23.511 “*Cuando fuere necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciere verosímil o razonable se practicará el examen genético que será valorado por el Juez teniendo en cuenta las*



experiencias y las enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” Se avanzó legislativamente hasta contemplar expresamente la consecuencia de no someterse a las pruebas biológicas.-

El artículo transcrito introduce un condicionamiento para ordenar la realización de la prueba biológica, ya que estaría introduciendo un sesgo restrictivo a la investigación de la paternidad y del derecho a la identidad, contrariando el sistema de filiación actual fundado entre otros en el principio de la verdad biológica, que es una consecuencia del régimen abierto de causales de impugnación, que conlleva la necesidad de reconocer una amplitud probatoria mayor, fundamentalmente en el terreno de las pruebas biológicas y en consonancia con el respeto de los tratados internacionales que de conformidad con el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional reformada en el año 1.994 forman parte del derecho constitucional de fuente internacional aplicable al caso (Irrazabal, 2.009, p. 3).-

Asimismo, y refiriéndonos a la parte penal, el dictado de la Ley 26.549 incorpora el art. 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, y en el cual establece: *“Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ADN del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad, y proporcionalidad en el caso concreto”*.-

Respecto al derecho de la identidad, no aparece en nuestra Constitución Nacional dentro de los derechos enumerados, por lo que estaría implícito en el Art. 33 de la misma. Ello se da igualmente en la mayoría de las constituciones provinciales argentinas, salvo en la de la provincia de Buenos Aires, que expresamente lo consagra en su art. 12 punto 2. Pero la garantía máxima está dada por el derecho supranacional, a través de los Tratados Internacionales, incorporados al orden jurídico argentino, según lo dispone el art. 75 incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental, que gozan de jerarquía constitucional.-

Otra normativa que trajo mayor fuerza y operatividad para la concreción de las pruebas biológicas, es la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N°



23/92 del 7/7/1.992, la cual dispuso: *“El Poder Judicial de la Nación, anticipará el pago de los estudios de histocompatibilidad (H.L.A.) Y DE Inmunogenética (ADN), cuando su realización fuere indispensable para el resultado del proceso, consecuencia de medida de oficio ó pedida por quien actúa con beneficio de litigar sin gastos. En los restantes casos, el Tribunal interviniente solicitará a la institución correspondiente su realización, corriendo su pago por cuenta del interesado”*.-

El Decreto N° 700/89, reglamentario de la Ley 23.511, ya incluía una disposición sobre el tema en su art. 7º, el cual versa: *“Los servicios del BNDG serán prestados en forma gratuita, debiendo los interesados abonar únicamente al mismo, el costo de los reactivos a emplearse para la realización del examen respectivo”*. La norma dispone también, la excepción al pago de los reactivos de los familiares de niños desaparecidos ó nacidos en cautiverio, y los que hayan acreditado su falta de recursos económicos.-

Asimismo la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 7 expresa: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a su nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos”*.-

Con respecto a los antecedentes **jurisprudenciales**, considero oportuno hacer mención de un fallo dictado por el Tribunal Constitucional de España (con nota del Dr. Germán Bidard Campos) en el cual se establece que *“No se vulnera el derecho a la intimidad, cuando se imponen limitaciones, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación... El derecho a la integridad física no se infringe, cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso”*.-¹

Se ha dicho con justeza que los deberes de cooperación y colaboración, los principios de buena fe, no protección del ejercicio abusivo del derecho, solidaridad y de la "carga dinámica de la prueba" adquieren su mayor significación en los procesos filiatorios, donde resulta inexcusable propender a la verdad sustancial.-²

¹ Tribunal Constitucional de España -Sala 1ª 17/01/1.994-, publicado en ED Tº 157/255.-



Asimismo el fallo dictado por la Corte Suprema de Santa Fe en los autos “A. M. c/ I. C. Y.” establece que *“El derecho a la identidad, es un derecho de fundamento constitucional no enumerado, cuya satisfacción no lesiona otros derechos de igual fundamento, siempre que no se coaccione para obtener la necesaria participación del requerido a prestarse a la pericia. Es justo y razonable entonces, deducir una presunción en contra del renuente”*.-³

Es de notar asimismo la importancia de la sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en donde se confirma la sentencia en la cual se fija la paternidad de un menor basándose entre otras pruebas, en la negativa del progenitor a la realización de la pericia de ADN.-⁴

Otro fallo de importancia fue dictado por la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario. En donde el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca hizo lugar a una demanda de filiación fundándose, en síntesis, en los la negativa a someterse a las pruebas de ADN, a que las partes trabajaban juntos y tenían contacto, a que la madre del actor se consideró novia del demandado y a que los familiares directos del actor atribuyeron la paternidad desde antes de su nacimiento.-

Contra este modo de resolver se alza la parte demandada mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, pero la Suprema Corte de Justicia confirmó el fallo con los mismos argumentos que la Cámara.-⁵

Asimismo otro fallo importante es el dictado por el Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro, haciendo lugar a la demanda de filiación. Contra dicho recurso se alza el demandado mediante recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de la ley.-

La Corte Suprema confirmó el fallo, tomando como base que la madre de la menor y el demandado trabajaron juntos en la misma empresa, y que el demandado

² S.C.J. de Mendoza sent. del 29-8-95 en E.D. 17-V-96, pág. 6.-

³ C.S.J. de Santa Fe, 19/09/1991, L.L.- T. 1.992 – D. con comentario de la Dra. M. J. Méndez Costa y en Zeus – Tomo 59 – R. 48/R. 49 – autos: “A.M. C/ I. C. Y.”.-

⁴ C.S.J. de Buenos Aires, 28/10/2.009, Causa C. 96.106, "F.,J.O. c/ B., J. D. p/ Acción de filiación" (<http://ar.vlex.com/vid/causa>. Disponible en Internet el 03/11/2011).-

⁵ S.C.J., causa C. 97.491, "R., W. G. c/ G., J. S. p/ Filiación". (<http://ar.vlex.com/vid/causa-75843716>. (disponible en Internet el día 03/11/2.011).-



acordó someterse a la prueba biológica de ADN en la audiencia preliminar y luego no se realizó la misma expresando que existe margen de error en dicho estudio.-

Expresando la Corte en dicho fallo que “...ante un conflicto entre los derechos del demandado y el derecho de la niña de conocer su identidad debe prevalecer este último...” y que “...La negativa a realizarse las pruebas biológicas supone un indicio grave que alcanza, por sí sólo, para tener por acreditada la filiación que se reclama...”-⁶

Por otro lado, teniendo en cuenta el art. 4 de la ley 23.511, el cual establece: “...la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.-

El problema se suscita cuando no existe otra constancia en el expediente de la paternidad del demandado más que su negativa a las pruebas biológicas, ¿Cómo juega el indicio establecido en la norma?, o de otra manera ¿es suficiente para determinar la paternidad?

La cuestión ha dividido a la **doctrina**. Así Zannoni (1.998) sostiene que el indicio que surge del art. 4 indica que las restantes pruebas a producir deben valorarse a partir de tal indicio. Por supuesto que tales pruebas, coadyuvantes, deben servir para allegar al juez elementos de convicción razonables para reforzar el indicio.-

Agrega el mencionado autor que la existencia de relaciones íntimas entre la madre y el demandado durante el período legal de la concepción del hijo, y, eventualmente, otros hechos exteriores que revelen una conducta del demandado que sea compatible con su admisión de la paternidad, se erigen en aportes de singular valor cuando debe reforzarse el indicio que, en contra del demandado renuente, revela su negativa a prestarse a la prueba biológica.-

En igual sentido Cifuentes (1.993) como integrante de la sala C de la Cámara Nacional Civil ha dicho que la negativa a someterse a la prueba hematológica por parte del demandado en un proceso de filiación debe estimarse únicamente como una

⁶ C.S. de Buenos Aires, 27/08/2.008 Causa C 85.363 “S. B. F. en representación de su hija menor de edad A. D. F. c/ G. D. G. p/ filiación” (<http://ar.vlex.com/vid/causa-42542981>). (disponible en Internet el día 06/11/2.011).-



presunción más entre los diversos elementos a juzgar, y que el art. 4 de la ley 23.511 no invierte el principio constitucional de presunción de inocencia, sino que se inclina por darle a la negativa sólo una condición de indicio que, al compaginarse con otros y las diversas pruebas concurrente, puede calificarse de coadyuvante...”.⁷

El Tribunal Constitucional español ha analizado las consecuencias de la negativa del demandado y ha sostenido *"En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más, consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante -que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto- contribuyó a zanjar un medio apto en derecho -la prueba de presunciones- la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado"*.⁸

Este es el criterio de la Suprema Corte. Así se ha dicho que si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especialmente gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que, unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial (art. 4, ley 23.511; Ac. 51.583 sent. del 17-X-1.995; Ac. 62.514 sent. del 15-IV-1.997; Ac. 67.883 sent. del 21-IV-1.998; Ac. 73.293 sent. del 24-VIII-1.999; Ac. 79.821 sent. del 10-X-2.001; Ac. 80.536 sent. del 11-IX-2.002).-

Otros autores y fallos se han pronunciado por la suficiencia de la negativa del demandado para determinar la filiación que se reclama. Así la sala M de la Cámara Nacional Civil ha sostenido que *"el valor de la negativa debe ser evaluado caso por caso, pero de la negativa, en general, debe extraerse la 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 juicio de envergadura y trascendencia, como lo es el de filiación"*.⁹

⁷ CNCiv., Sala C, 22-10-1.993, "El Derecho", T° 157; pág. 270; ídem sala E, 8-V-1997, "La Ley", 1.997-E, pág. 288 y 26-II-1.990, "La Ley", 1.990-C, pág. 440, en igual sentido Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín, 22-IX-1.995, "El Derecho", T° 169-22.-

⁸ Tribunal Constitucional Español, 17-1-1.994, "Jurisprudencia Argentina", T° 1.994-III-466.-

⁹ CNCiv., sala M, 8-4-1.993, L.L. T° 1.994-A- 77.-



La Sala A de la Cámara Nacional Civil ha dicho que no se trata de cualquier indicio sino de uno grave que de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en función del avance científico alcanzado estando en juego tanto el interés individual como el social, tiene un peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios.¹⁰

También se ha argumentado que desde una visión solidarista del proceso, “...la carga de la prueba corresponde a aquel litigante que se encuentre en mejores condiciones de producirla...” (Morello, 1.989, p. 54 y s.s.), (en igual sentido Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I de San Isidro, L.L. 1.988-E-563 y S.C. de Mendoza, sala 1ra. 29-8-1.995, E.D. T° 167, p. 296).-

En la misma línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “...el principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni el adecuado y deseado resultado de la justicia...”.-¹¹

Azpirí (2.001, paginas 139 y s.s.) afirma que “...dado el avance y certidumbre de este tipo de pruebas se puede esclarecer la verdad acerca del vínculo biológico, para incluirlo o excluirlo y que si no se facilita la realización de estas pruebas, se está entorpeciendo el proceso y ocultando la verdad...”.-

Como podemos ver, nos encontramos con una doctrina muy dividida, y existen distintas posturas al respecto:

Una primera posición (postura negativa) considera que con la sola negativa a someterse al examen de ADN por parte del demandado, no puede atribuírsele paternidad al mismo.-

Una segunda posición (postura intermedia), entiendo que la negativa a someterse al ADN es un indicio muy importante, es decir un hecho que es fuente de presunciones, en cuanto éstas constituyen o son el resultado de la actividad intelectual del Juzgador para obtener conclusiones sobre la relación jurídica filial afirmada o negada, pero considera necesario el aporte de alguna otra prueba para corroborar el hecho.-

¹⁰ CNCiv., sala A, 21-4-1.998, L.L., T° 1.998-D- 741.-

¹¹ C.S.J.N., 22-07-1.985, J.A., 1.986-I-473.-



Y la ultima posición (postura positiva), entiende que la negativa a someterse a la realización del ADN es argumento suficiente para atribuir la paternidad reclamada.-

La primera de estas doctrinas es la doctrina mayoritaria legal vigente y en la que se enmarcan quienes apoyan la posición intermedia.- (Irrazabal, 2.009, p. 4)

Existe asimismo una posición extrema, a la cual ha asumido un sector sumamente minoritario en la doctrina (como Lorenzo Carnelli y Bidart Campos) en la cual se establece que no existe la obligación de someterse al análisis de la sangre ordenado en un juicio, ya que dicha obligación no existe, y que precisamente por ello no puede extraerse de tal negativa elemento de convicción alguno que resulte adverso a quien se ha negado.-

El Dr. Germán Bidart Campos (1.992), quien reconoció encontrarse en soledad en cuanto a su postura, en su comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España, ha dicho que cuando la constitución reconoce a toda persona “el derecho a no declarar contra sí mismo” está poniendo una valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, psíquica ó moral de la persona; por ende, si esta se niega a prestar su cuerpo para esa prueba, no puede inferirse en su contra un reconocimiento, ni siquiera una presunción, a favor de la contraparte.-

Entiende también, que contra la voluntad de una persona no puede ordenarse judicialmente tal prueba y menos aún, que se practique compulsiva ó coactivamente. En su postura va más allá, al afirmar que “...no puede usarse la negatoria como una suerte de reconocimiento ficto de la filiación, ni como presunción en contra del renuente...” (Bidart Campos, 1.992, p. 255). En suma, reconoce los derechos del presunto hijo al indagar su filiación y conocer su identidad, pero dentro de un marco probatorio que no viole los derechos constitucionales de la contraparte.-

Delineada que ha sido la postura doctrinaria y jurisprudencial, sin embargo sigue sin tener sustento en nuestro derecho positivo la posibilidad de que los jueces puedan emplazar la verdadera filiación. Se mantienen límites: en punto a la obligatoriedad de aportar material para pruebas genéticas y la compulsión física en caso de negativa (salvo en el proceso penal); lo relativo a las legitimaciones procesales activas en materia filiatoria y cuestiones anexas a la dilucidación de realidades biológicas.-



Tal como podemos apreciar la temática presenta gran dificultad. Los antecedentes hasta aquí expuestos nos permiten vislumbrar más claramente la situación actual de la negativa a someterse al análisis de ADN y sientan las bases de las acciones que emprenderemos en dicho trabajo.-

CAPITULO III
LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. VALORACIÓN



I- Genética Humana- Conceptos Básicos

Es incuestionable, desde el punto de vista biológico, que toda persona tiene un padre y una madre, pero para hablar de filiación, ninguna eficacia tiene, si no se traslada o refleja la paternidad en el plano jurídico.-

Por ende, en la determinación de la paternidad extramatrimonial, al no existir ningún elemento objetivo que permita atribuir el hijo a un hombre determinado, pues no rige la presunción legal que deriva de la unión matrimonial, es necesario obtener el emplazamiento del estado de hijo por el reconocimiento del progenitor y, en su defecto, por la sentencia en juicio de filiación que lo declare como tal (art. 247 del Código Civil).-

Es dable advertir, que la importancia de los derechos en juego y su efectiva trascendencia social se proyectan en una escala de valores que compromete el interés público, pues de ella deriva no sólo la protección del derecho a la identidad de la persona, rango de jerarquía constitucional, reconocido por el art. 33 de la Constitución Nacional y por la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.), sino también que con tal atributo se obtiene el emplazamiento dentro de la órbita familiar y su indudable repercusión sobre el cúmulo de derechos y deberes que de ella deriva.-

Por ello, en los juicios de filiación, la búsqueda de la verdad jurídica se torna imperativa. En estas acciones de estado es donde se destaca la necesidad de desentrañar la realidad biológica, pues se afectan trascendentes derechos individuales y sociales (Bertoldo de Fourcade, 1.999, p. 4).-

La Cámara Nacional Civil ha dicho que el juicio de filiación aunque encierra una contienda eminentemente privada, involucra un conflicto social, pues a la comunidad interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituyen un derecho a la personalidad¹². La Convención sobre los Derechos del Niño sienta un nuevo principio sobre el derecho a la identidad de los menores en cuanto establece el derecho de ellos a “conocer a sus padres” al extremo de que cuando un niño carezca de identidad, los Estados partes

¹² CNCiv., Sala A, “Z.R. c/ A.A.” J.A. 1.998-I



deberán presentar asistencia y protección apropiados con miras a restablecer rápidamente su identidad.-

En igual sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala D, ha dicho que “...*En la averiguación de la verdad biológica no sólo están en juego intereses privados, sino también un interés público, como lo es el estado de las personas, por lo cual se pretende garantizar al niño su derecho a conocer su origen. Por ello la justicia no aspira exclusivamente a llegar a la verdad judicial, de acuerdo con las pruebas aportadas...*”¹³.-

En los juicios por filiación, a todas estas razones se suma una de gran envergadura, cual es, el derecho de toda persona a conocer la identidad de su origen, según las palabras del Dr. Petracchi (integrante de la C.S.J.N.) el poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende.-

En este contexto, por otro lado, se puede afirmar que en la actualidad las ciencias aplicadas al desarrollo de la genética humana nos sorprenden cada día con nuevos descubrimientos y logros asombrosos. Así es como se ha llegado a establecer el lazo de unión de los caracteres hereditarios y de las enfermedades, al punto de que los estudios que se realizan, prometen revolucionar la medicina del siglo XXI. Pero los avances en genética también entrañan serios problemas éticos, legales y sociales, aspectos que abordaremos desde la problemática filiatoria.-

La Ciencia Genética estudia la transmisión de los caracteres normales y patológicos de generación en generación. Los caracteres normales le confieren al individuo su especificidad y de ellos depende la permanencia de los caracteres de la especie. Podemos citar por ejemplo, los grupos sanguíneos, color de ojos, cabello, la estatura, etc... Los caracteres patológicos son fenodesviaciones que causan enfermedades ó susceptibilidad de carácter morboso. Tales caracteres se transmiten de generación en generación, por medio de los genes.-¹⁴

La inclusión o exclusión de paternidad, se basa en la característica biológica de transmitir a la descendencia la mitad de la información genética, que cada individuo

¹³ CNCiv., Sala D, “S.E.B c/ S.H.S.”, DJ 1.999-I, 325, SJ 1627 (1.996)

¹⁴ PRAXIS MEDICA Tº 1.989 “Elementos de Genética Médica” 9050/ pág. 115



de la especie animal, inclusive el hombre, posee. Esa información codificada, se encuentra en una sustancia contenida en el núcleo de cada una de las células que forman el organismo que es el ácido desoxirribonucleico –ADN- siendo los genes –segmentos de moléculas del ADN- las unidades de información que sintetizan una proteína, cuya función es la de determinar cada uno de los caracteres biológicos de un individuo que se transmitirán, como se dijo, de generación en generación. Las moléculas de ADN, se condensan en estructuras que se llaman cromosomas, que son contenedores cada uno de ellos, de varios miles de genes. El número de cromosomas es constante para cada especie, siendo el número del ser humano 46, ordenado en 23 pares; cada integrante del par de genes (llamados alelos) que codifican para un mismo carácter, por ej. color de ojos azul uno y el otro marrón, no funcionan simultáneamente, sino que sólo se expresa uno de ellos (dominante-recesivo). De allí que cada célula posee el doble de la información genética para codificar las características de un individuo; esta carga doble de información debe hacerse simple en las células sexuales femeninas y masculinas, de manera tal que estas células poseen sólo 23 cromosomas (uno de cada par), para que una vez que éstas se unan para formar un nuevo individuo, reconstituyan el número de 46 cromosomas de la especie. Esto significa que un individuo, posee la mitad de la información genética heredada del padre y la otra mitad heredada de la madre. A medida que transcurren generaciones, se disminuye la información genética (la mitad de cada padre, un cuarto de cada abuelo, un octavo de cada bisabuelo y así sucesivamente).¹⁵

En este contexto, podemos afirmar que el análisis de marcadores genéticos se ha convertido en una herramienta muy importante y ampliamente reconocida para la identificación de individuos y para el estudio de paternidad. Para esto se estudian distintas regiones del genoma humano que son altamente variables en la población y que permiten obtener el perfil genético y distinguir entre distintos individuos. La metodología que se utiliza es básicamente la misma en todo el mundo y consiste en el análisis de entre 13 a 15 marcadores. La paternidad biológica se asigna cuando el hijo/a presenta las características que debe heredar del presunto padre en cada uno de los marcadores genéticos estudiados. A través de este análisis es posible asignar

¹⁵. Tratado de Medicina Interna. Vol. 1 “*Principios de Genética Humana*”. pág. 158.



paternidad con un grado de certeza más alto que con cualquier otro sistema, el que se expresa como probabilidad de paternidad. Esta probabilidad debe alcanzar al menos 99,9%. Sin embargo, es posible obtener probabilidades mucho más altas, sobre todo si se incluye a la madre en el estudio. Si las características genéticas del supuesto padre están ausentes en el hijo/a en al menos dos marcadores, se excluye la paternidad biológica.-

Una interrogante de gran importancia que surge es si es necesario que se estudie a la madre, concluyendo que aunque se podría asumir que en un estudio de paternidad no es necesario incluir a la madre, la posibilidad de identificar con certeza el alelo heredado de la madre permite definir el alelo paterno obligado y alcanzar IP más altos y probabilidades de paternidad también más altas y, por lo tanto, más seguras. Cuando no se estudia a la madre, se deben utilizar fórmulas que, comparadas con la que se aplica para casos con la madre, disminuyen el IP combinado y la PP8. Cuando el estudio incluye a la madre se obtiene un IP combinado de 4.018.051 y una PP de 99,9999%. En cambio, si en el mismo caso la madre no se estudia, el IP disminuye a 939 (4.000 veces menor) y la probabilidad de paternidad a 99,89%.-

De acuerdo a la normativa emitida por el Servicio Médico Legal el año 2.000, la paternidad biológica se considera acreditada cuando la probabilidad de paternidad es mayor al 99,9%.-

En casos de exclusión de paternidad, el incluir a la madre también hace más seguro el estudio de paternidad, porque permite tomar en cuenta sólo el alelo paterno obligado para definir si hay exclusión de paternidad. En cambio, si sólo se estudian supuestos padre e hijo/a, los dos alelos del hijo/a deberán estar ausentes en el supuesto padre para que se pueda excluir paternidad; por lo tanto, se encontrarán menos STR que permitan excluir la paternidad que en un caso en que se estudie también a la madre. El número de STR que excluye paternidad aumenta de 6 a 9 marcadores, si se incluye a la madre en el estudio. Esto adquiere especial relevancia, si hay parentesco entre dos presuntos padres.-¹⁶

Es en base a estos principios elementales de la genética que se puede determinar cuáles son los progenitores de un individuo, ó, a la inversa, descartar tal posibilidad, conociendo la carga genética del hijo, madre y padre alegado.-

¹⁶ Rev. Med Chile 2.011; 139: 542-547



Los problemas éticos y de principios que ya se han planteado con respecto a la ingeniería genética actual, se volverán más acuciantes en el progreso futuro. La genética actual (ADN), además de proporcionar valiosas técnicas para la profilaxis y el diagnóstico de las enfermedades hereditarias y ofrecer posibilidades terapéuticas extraordinarias, permite construir en el laboratorio un mapa genético individual, como así también analizar mapas genéticos determinados, estableciendo o no su vinculación, siendo esta última aplicación, invaluable para la determinación del nexo biológico –filiación-.

No podemos dejar de aludir al llamado Proyecto Genoma Humano, cuyo objetivo es el de secuenciar el mensaje genético del ser humano, es decir, determinar ordenadamente la cadena de ADN, conformando el mapa genético individual, o como se ha dicho, es un intento de cartografiar y secuenciar el genoma humano completo, de localizar y conocer todos los genes del ser humano (Kemelmajer de Carlucci, 1.993). El término Genoma se refiere a la suma de todos los genes del organismo, o sea todo el contenido de ADN del conjunto de cromosomas. La magnitud e importancia de este ambicioso proyecto científico, (con Watson y otros científicos) es indiscutida, siendo los obstáculos técnicos muy importantes, donde sin la ayuda de los súper-computadores y potentes sistemas informáticos, el Proyecto Genoma sería una utopía. Walter Gilbert (Premio Nóbel de 1.960) que trabajó en Harvard con Watson, ha denominado al Proyecto, ubicándolo como una verdadera cruzada moderna, como “el Santo Grial de los Genetistas”. Otros científicos lo han calificado como “El disparo a la Luna de los Biólogos”. Los beneficios que se desprenderán del conocimiento detallado de nuestro patrimonio genético en el mundo de la medicina, son incuestionables, pero también inquietantes en otros aspectos, como los éticos y los legales.-

Con la manipulación del mismo, entran a jugar disquisiciones relativas a la información –informatización- confidencialidad- derecho a la intimidad- relaciones laborales y contratos de seguro (Ej. pronósticos sobre capacidad de trabajo y la salud) que pueden interesar al empleador y asegurador del individuo (Kemelmajer de Carlucci, 1.993), técnicas de reproducción asistida, manipulación de embriones, etc. es decir, todo lo relativo a la Bioética (bio: vida, ethos: ética ó valores humanos) que es la parte de la filosofía moral que enseña que la vida humana tiene un valor y una dignidad superiores, en relación a los demás seres vivientes del planeta. Aspectos



interesantes que exceden los objetivos de este trabajo, pero que se traen a cuento, con el fin de poner de resalto la magnitud de la importancia de la genética molecular y sus innegables consecuencias en materia filiatoria.-

Teniendo en cuenta, hoy en día, que las pruebas científicas permiten la comprobación directa del nexo biológico, con una probabilidad cercana a la certeza, casi del 100 % con el uso del H.L.A. y de la tipificación del ADN, la paternidad se demuestra prácticamente, en forma absoluta.-

2- Las pruebas genéticas en la filiación. Características

La posibilidad de efectuar pruebas biológicas ha producido en el ámbito jurídico y más precisamente en el Derecho de Familia (filiación) y Derecho Criminal (identificación de criminales por el rastro biológico –sangre, pelos, semen, saliva, etc... dejado junto a la víctima), un verdadero impacto, que obviamente ha llevado a los juristas a la toma de posiciones, conforme a sus criterios sobre el tema en los casos de negativa injustificada del presunto padre ó criminal a someterse a las pruebas biológicas.-

Ateniéndonos a nuestro tema, la relevancia del mismo surge sin esfuerzo, si se tiene en cuenta la normativa vigente, a partir de las reformas introducidas por la Ley 23.264, cuyo contenido informa acerca de la filiación y aseguramiento del emplazamiento filial paterno, con la introducción de las pruebas biológicas. Así, antes de dicha reforma y de la recepción en el derecho del avance científico señalando, ante el reclamo de una filiación extramatrimonial, el presunto padre, podía oponer la excepción de pluralidad de concúbitos. Actualmente, esta articulación ha pasado a ser irrelevante, quedándole como único recurso al demandado, el de negarse a someterse a las pruebas genéticas.-

Varios y diferentes son los métodos, procedimientos o técnicas que se utilizan para demostrar directamente la existencia ó ausencia del hecho generacional, detectando alguna expresión genética, que permita aseverar o excluir la paternidad. Dichas técnicas se han ido superando, evidenciando cada una distintas sensibilidades, llegando incluso a complementarse.-

Pruebas Hematológicas:

Los estudios genéticos realizados en sangre, determinaron que los glóbulos rojos contienen sustancias específicas llamadas antígenos o factores de grupo que pueden diferir de una persona a otra, pero que son inmodificables a lo largo de toda su existencia.-

La transmisión hereditaria de tales antígenos o factores (si están presentes en las células del hijo, deben hallarse también en el padre y en la madre) debe ser compatible. De acuerdo a las leyes de Gregor Mendel, se elaboraron cuadros de paternidades posibles e imposibles, según se encontraron dichos factores en el hijo, madre y presunto padre. Cualquiera fuere el Sistema utilizado: S.S. ABO; S.S. M. y



N.; S.S. RHESUS- (Rh- ó Rh+); S.S. “P”; S.S. Kell Cellano; S.S. Lutheran, Duffi, Nidal y Auberger; rige para todos una regla común: Todo factor presente en el hijo debe encontrarse en alguno de los progenitores, si ello no se verifica, la paternidad es imposible. Su resultado es absoluto en cuanto a la exclusión, debiendo recurrirse, para una probable inclusión, a métodos estadísticos que permitan cuantificar cierto grado de certidumbre, por ejemplo la frecuencia de fenotipos en una población (Haas, Verruno y Raimondi, 1.986). Los jueces, cuando resulta compatibilidad, estiman dicho resultado como un indicio que puede fundar una presunción de paternidad, necesitando indefectiblemente de otras pruebas positivas, por ejemplo relaciones sexuales de los padres a la época de la concepción; goce de posesión de estado, etc... la “exceptio plurium concubentium”, puede ser opuesta y no ser fácilmente descartada.-

Prueba de Histocompatibilidad: El Sistema H.L.A. (Human Lymphocyte Antigen):

Este sistema llamado también de Histocompatibilidad ó Complejo Mayor de Histocompatibilidad, como descubrimiento científico para determinar la filiación, resultó como un subproducto de la búsqueda de una solución a los rechazos inmunológicos en el transplante de órganos, a través de la investigación de la compatibilidad de los tejidos. Así es como se descubrió que por medio de todas las células nucleadas del organismo, se transmite la información genética, consistente en las distintas combinaciones de antígenos, que hereda el hijo de sus progenitores.-

Siguiendo las leyes mendelianas, todo individuo, desde su condición fetal y durante toda su vida, ofrecerá al investigador, la presencia de antígenos maternos y paternos. Los antígenos del Sistema H.L.A., son los codificados en los locis del cromosoma humano N° 6, siendo objeto de análisis, ciertas proteínas que el organismo elabora –anticuerpos- que reaccionan contra todos aquellos antígenos que no le son propios: es decir que si hay rechazo hay incompatibilidad.- (Haas, Verruno y Raimondi, 1.986)

Del enfrentamiento de las células portadores de un antígeno determinado (Ej. HLA- A[^]), con un suero rico en anticuerpos específicos para ese antígeno, puede ocurrir que:

a) las células antigénicas sean lesionadas por el anticuerpo que se le ha opuesto; en ese caso, se puede afirmar que esa persona porta el antígeno H.L.A.- A[^];



b) si dichas células permanecen indiferentes, es porque el sujeto no posee ese antígeno.

Es decir que puede obtenerse la presencia o “ausencia” de marcadores genéticos. La posibilidad de múltiples combinaciones, con cálculos matemáticos definidos y su frecuencia en el individuo estudiado y en la población (%), posibilita la determinación positiva de maternidad y paternidad, con grados de certeza, superiores al 96% (Verruno, Haas, Raimondi y Legaspe, .1.994, p. 47). Esto vendría a cuestionar la validez axiomática de este método como probanza judicial, pues no hay certeza absoluta del 100 %.-

Lo afirmado está en relación directa con la calificación que se haga del dictamen pericial, que a su vez, para que sea válido debe bastarse a sí mismo (técnicas y reactivos empleados, tablas utilizadas, cálculos algebraicos con sus resultados, índices de admisión, etc...) y además estar integrado con otros sistemas, por ejemplo proteínas séricas, enzimas endocelulares, etc... (Di Lella, 1.989, p. 1.060).-

Polimorfismo Molecular del ADN:

En 1.944, Avery y sus colaboradores, en el Rockefeller Institute, establecieron que la información hereditaria se encontraba en el DNA (sigla en inglés), Acido Desoxirribonucleico, y desde esa fecha se ha considerado que el ADN es el material básico del gen. En 1953, Watson y Crick, propusieron un modelo molecular de la Estructura del ADN, que consiste en dos filamentos polinucleóticos torcidos juntos para formar una hélice con las bases purínicas (A: adenina y G: guanina) y pirimidínicas (T: timinina y C: citosina) hacia adentro y unidas las unas a las otras para vincular las dos cadenas: una estructura racional que explica la replicación del ADN y el almacenamiento de la información hereditaria dentro de secuencias de las bases referidas.-

En 1961, Nirenberg, descubrió el Código Genético, las secuencias precisas de las bases en el gen estructural. Pero es en 1.984, que el Dr. Jeffreys, descubre el método que permite obtener la huella genética del ADN, llamada también TIPIFICACIÓN – Huella digital del ADN (FINGERPRINTS) ó “Polimorfismo molecular del ADN”.-



Antes de que se pudieran disponer de técnicas de DNA Recombinante, el enorme contenido de DNA del genoma humano (5×10 pares de bases), hacía imposible el análisis químico en los genes humanos. La notable sensibilidad y simplicidad de las técnicas adoptadas, han permitido la expansión rápida de los conocimientos sobre la estructura, regulación y mutación genéticas. A nivel macroscópico, la localización de los genes y sus relaciones físicas (sus vinculaciones entre sí) es lo que permite establecer un mapa genético humano detallado.-

Las submicroscópicas moléculas de ADN, que vehiculizan químicamente la herencia paterna y materna de todos los caracteres de la especie, pueden hoy en día ser aisladas, seccionadas y tratadas químicamente, lo que permite obtener “una huella genética” o “patrón”, que es irrepetible, absolutamente individual y se hereda como propiedad biológica de la familia. Este método permite identificar vínculos familiares, en forma segura y unívoca. La probabilidad estadística de que dos personas que no tengan relación biológica, compartan el mismo patrón genético, es prácticamente imposible. Sí lo comparten los gemelos univitelinos, que son los mellizos idénticos, formados por un único óvulo fertilizado.-

Esta prueba biológica, es por ende, más específica y más estable que cualquier otro marcador genético y con él se obtiene una exclusión del 100% y una inclusión o aseveración de hasta el 99,90 %.- (Kornbligt, 1.993)

El ADN puede extraerse de cualquier tejido: sangre, semen, orina, huesos, raíces de pelo (bulbo), etc..., siendo la sangre el material que más comúnmente se analiza, tomando gran importancia la conservación correcta del mismo. Jeffreys estudió y trabajó con las variables alélicas y la frecuencia con que las mismas se dan en el individuo y la población (sistema multilocus ó multialélico) y perfecciona la técnica, valiéndose de procedimientos tales como: electroforesis sobre gel; uso de enzimas de restricción; “sondas” radioactivas que permiten rescatar el ADN y fotografiarlo.-

El resultado es un patrón de bandas alélicas, que se parece, a un código de barras, como los impresos en envases de productos de consumo (Leonardo, 1.990, p. 934). El patrón que se obtiene de cada individuo, es una mezcla de los patrones de sus progenitores biológicos y en tanto haya una mayor proporción de bandas comunes,



mayor frecuencia de alelos que se comparten, habrá una probabilidad de inclusión de paternidad-maternidad, más elevada.-

El método del “polimorfismo molecular del ADN”, como medio de prueba en un proceso judicial, tiene un valor indudable. En sede civil, para establecer vínculos biológicos entre personas (acciones de filiación); cuando se necesita vincular generaciones discontinuas (abuelos – nietos); casos de reconstrucción genética de personas fallecidas, con material cadavérico; rescate de ADN para diagnósticos prenatales (amniocentesis –biopsia de las vellosidades cariónmicas-); casos de maternidad-paternidad discutidas por cosanguíneos que han cometido incesto y se les atribuye un hijo.-

En el fuero criminal, la tipificación del ADN, es también una herramienta valiosísima, en tanto permite determinar la identidad de cadáveres y restos humanos; estudios de manchas de sangre y espermatozoides, que permite vincular, sospechosos de delitos –violación, homicidio, lesiones- con la víctima de ellos; casos de sustitución de niños –vivo por vivo ó muerto por muerto-. (Kornblitt, 1.993)

Se han detallado, con intención, de la manera más sencilla y clara, nociones básicas de biología molecular, referidas a este método, por cuanto, a esta altura, ya es criterio unánime que el mismo tiene suficiencia y relevancia máxima en materia probatoria. De allí que la importancia de esta prueba biológica, su escasa por no decir nula falibilidad, es un aspecto que debe ser tenido en cuenta por la Jurisdicción, en punto al valor que se le otorgue, en caso de negativa de someterse a la realización de las pericias ordenadas, en forma injustificada.-

3- Admisión de la prueba genética en el Derecho Argentino

En los casos de filiación controvertida, la introducción de estos medios de prueba en un proceso judicial llegó prácticamente con la sanción de la Ley 23.264. En los Tribunales europeos y norteamericanos, se había dado una tendencia favorable a la utilización de las pruebas genéticas, atento la comprobación de estar frente a métodos que superaron la etapa experimental, lograron aceptación general; que son evidencias científicas y sus resultados son claros, concluyentes, concordantes y de valor estadístico inobjetable.-

Con la reforma de la Ley 23.264 al Código Civil, se introduce en nuestro derecho una total amplitud en materia probatoria, en todas las acciones de estado relativas a la filiación; en éstas, las pretensiones tienen por objeto se establezca jurídicamente el nexo biológico paterno-materno filial, ya sea mediante un emplazamiento o un desplazamiento, según la pretensión de la acción intentada.-

El art. 253 del Código Civil, expresamente establece que *“En las acciones de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio ó a petición de parte”*.-

Nuestro derecho positivo, admite así, las pruebas biológicas, las que no solo pueden ser solicitadas por las partes, pudiendo el propio órgano jurisdiccional decretar de oficio, su producción.-

Posteriormente, en 1.987, se sanciona la Ley 23.511, que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y el esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación, según reza en su art. 1º.-

En el art. 4º de dicha ley –que será objeto de estudio específico en el Capítulo VII- se plasma una norma que mayoritariamente se interpreta, tiene por finalidad ser aplicable en todo tipo de proceso filiatorio; así surgiría de la amplitud de su texto, que no lo circunscribe solamente a los casos de determinación de identidad de niños nacidos en cautiverio e hijos de desaparecidos, durante el proceso militar.-

Ley 23.511, art. 4º: *“Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil ó razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el Juez, teniendo en cuenta las experiencias y*



enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios, constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renunciante”.-

Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG, admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales, según sus propias leyes procesales.-

Analizaremos algunos de sus aspectos:

a) Se refiere a la práctica del “examen genético”, sin limitarlo a una determinada prueba biológica, lo que concordaría con el carácter enunciativo de lo dispuesto en el Art. 6º de la misma ley; si bien en el mismo no se enumera el estudio de “Polimorfismo molecular del ADN”, su práctica puede ser ordenada, como la de cualquier otro método o sistema que adquiera aceptación científica y la prudencia jurisdiccional incorpore al repertorio probatorio.-

b) La exigencia del recaudo procesal de la verosimilitud ó razonabilidad de la acción de filiación, para que los jueces admitan la prueba biológica y la ordenen, no fue aceptada pacíficamente por la doctrina y carece de operatividad a nivel jurisdiccional. Algunos procesalistas critican esta exigencia, pues se estaría confundiendo la causa de pedir, con la pretensión misma, por una parte y subordinando la concreción de la prueba genética a un “juicio a priori” sobre si es verosímil el derecho que se invoca como “causa petendi”.- (Kielmanovich, 1.988 p. 810)

No podemos dejar de señalar que aquí no estamos frente a casos en que se solicita y el Juez ordena llevar a cabo medidas cautelares, instituto destinado a asegurar la existencia de un derecho, cuando “el periculum in mora” y el “fumus bonorum” así lo exijan. Aquí estamos en otro campo del derecho procesal, cual es el de las pruebas. Con dicho enunciado, la amplitud probatoria, que tanto se ha ponderado y se introdujo en materia filiatoria –Art. 253 del C.C. ref. Ley 23.264- se ve afectada al dejar librado al arbitrio judicial, la potestad de juzgar “a priori” su procedencia. Las pruebas genéticas, deben ser producidas, en el tiempo, modo y forma que les corresponda, según el marco procesal en que se traten.-



c) Respecto a la valoración que hará el Juez de acuerdo a las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, es importante destacar dos sub-aspectos: la validez y aceptación general del método científico empleado para la prueba genética y también el dictamen pericial, su propio valor e idoneidad y el que se le adjudique al sentenciar.-

d) Con lo dispuesto en la segunda parte del 1º párrafo del artículo que se analiza, esto es, la negativa a someterse a los exámenes respectivos, se estaría elevando al rango de PRUEBA la conducta procesar de las partes. El comportamiento de las partes en el litigio, ha sido considerado tradicionalmente en los ordenamientos procesales vigentes, como un “elemento de convicción corroborante de otras pruebas” (Kielmanovich, 1.985 p. 1.022), como así también, que puede dar lugar a un abuso del derecho, ya sea del ó en el proceso. En el quehacer judicial, infrecuente y excepcionalmente se ha considerado a la conducta procesal, como presupuesto para la aplicación de sanciones (temeridad y malicia). Esta disposición normativa no establece la obligatoriedad, por parte del requerido a someterse a los exámenes genéticos, por lo que la negativa del renuente a efectuarla es solo una prueba indiciaria –“indicio necesario”- (Devis Echandia, 1.970, p. 627) para acreditar la existencia o no existencia del lazo filiatorio, causa de la acción. Los efectos jurídicos de la negativa y su recepción por la doctrina y la jurisprudencia, serán objeto de especial consideración, en el Capítulo VII del presente.-

Otra normativa que trajo mayor fuerza y operatividad para la concreción de las pruebas biológicas, es la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 23/92 del 7/7/92, la cual dispuso: “*El Poder Judicial de la Nación, anticipará el pago de los estudios de histocompatibilidad (H.L.A.) y de Inmunogenética (ADN), cuando su realización fuere indispensable para el resultado del proceso, consecuencia de medida de oficio ó pedida por quien actúa con beneficio de litigar sin gastos. En los restantes casos, el Tribunal interviniente solicitará a la institución correspondiente su realización, corriendo su pago por cuenta del interesado*”. El Decreto N° 700/89, reglamentario de la Ley 23.511, ya incluía una disposición sobre el tema: Art. 7º “*Los servicios del BNDG serán prestados en forma gratuita, debiendo los interesados abonar únicamente al mismo, el costo de los reactivos a emplearse para la realización del examen respectivo*”. La norma dispone también, la excepción al pago



de los reactivos, familiares de niños desaparecidos ó nacidos en cautiverio y los que hayan acreditado su falta de recursos económicos.-



4- Facultad privativa de los jueces para ordenar su realización- Valoración de la prueba pericial.

Es una verdad aceptada, que en estos tiempos iniciales del tercer milenio en que vive la humanidad, estamos asistiendo tanto a fascinantes logros científicos, como a un fenómeno socio-cultural, con bases filosóficas y proyecciones diversas en lo político, lo económico, lo jurídico, lo artístico, etc... que transforman el mundo que conocemos. Así, concepciones de vida tradicionales, de fuerte arraigo en el espíritu humano, se han visto conmovidas, por el advenimiento de una nueva manera de pensar la existencia. La cultura ha sufrido transformaciones que han afectado las reglas de juego de las ciencias en todos los campos (Lyotard, 1.990, p. 9), acusándose cambios sociales, tantos y tan importantes, que casi no podemos ya señalar, qué expresión cultural se ha sustraído a la profunda mutación que afecta a las sociedades del orbe entero (Saux, 1.995).-

Hoy en día, la vida en pareja, sin la bendición del sacramento del matrimonio, es una realidad habitual y aceptada por la sociedad. Esa comunidad de vida, es tomada como un período pre-matrimonial que está exento del rechazo y la sanción moral y social que se le atribuía al concubinato –“unión pecaminosa” – sanción que afectaba también y se extendía a su descendencia extramatrimonial.-

Vemos que en nuestros Tribunales se ha dado un incremento notable de los reclamos de filiación y ello nos lleva a reflexionar que si antes se demandaba menos, lo era no solo por el sentimiento de vergüenza o pudor que podía embargar a la madre ó el hijo “ilegítimo”, sino porque la dificultad de probar el nexo biológico, era un obstáculo difícil de vencer. La litigiosidad ha aumentado, desde que el justiciable sabe que es prácticamente absoluta la posibilidad de probarlo. Varias son las razones que propician ese acceso a la justicia. Algunas de ellas: los adelantos de la ciencia, de la tecnología y la biología molecular; la difusión por los medios de comunicación de la excelencia de las pruebas biológicas y la valoración que de ellas hace la Jurisdicción; el cambio de conciencia social, que aventó el temor o vergüenza a reclamar ante la justicia; el conocimiento por parte del común, de situaciones análogas quizás a las suyas, vividas por referentes populares (campeones deportivos de fama internacional) cuyos reclamos filiatorios, se han conocido a través de los distintos medios de comunicación; la difusión de la reforma constitucional, que ha otorgado jerarquía



suprema a las normas internacionales que amparan los derechos humanos, entre ellos el derecho a la identidad (Convención de los Derechos del Niño).-

Por ellos es que, al hacer referencia a la actividad judicial en la resolución de los casos de filiación extramatrimonial, no se puede soslayar el considerar la relación existente entre el derecho y la sociedad –entre el conjunto de normas que regulan el sistema familiar y la familia en sí, como modelo existencial- que integra y conforma la sociedad. De allí que, los conflictos familiares presentan un desafío frente al modelo de derecho vigente.-

Los derechos y deberes que la ley regula, determinan una relación interpersonal, que condiciona los roles y las funciones de los sujetos que interactúan en el sistema. El análisis del aspecto relacional entre el derecho como norma y su operatividad o funcionamiento en la praxis social, se torna necesario, ya que permitirá conocer, si las pautas ordenadoras de conducta, tienen en la sociedad una eficiencia determinada; ó dicho de otra manera, si responden a una exigencia o necesidad social existente, ó a una nueva realidad o valoración que se impone y exige una respuesta útil de la jurisdicción: Ej.: incremento de nacimientos extramatrimoniales –negativa a reconocimiento paterno- operatividad de la norma prevista en el art. 4º de la Ley 23.511, en punto a la obtención de la verdad jurídica objetiva.-

Poniendo nuestra mirada en la función del órgano jurisdiccional, en el tiempo y entorno social en que le toca vivir y desarrollar una actividad –rígida o creadora- vemos que: “...*El Juzgador, como intérprete, tiene una misión sociológica, además de jurídica. De manera que el Juez, a la hora de decidir, sobre las resoluciones que ha de dictar, ha de tener presente que sus decisiones han de ampararse en un trípode que responde a estos tres apoyos: responsabilidad profesional, motivación lógico-jurídica y entorno sociológico...*”.- (Álvarez Sacristán, 1.992, p. 234)

El Juez debe conocer la realidad social que le rodea y le permita fundamentar sus conceptos, sobre un basamento sólido y real.-

Por otra parte, no es menos cierto que, todo fallo está imbuido de todo un sistema de valores que el Juez tiene incorporado a su persona en el momento de sentenciar (su educación, sus experiencias de vida familiar, política, etc...); ingredientes que si bien no se lee en un fallo, están latentes y gravitando en la



resolución. Un ejemplo de fallo sobre filiación en el que la ponderación de los hechos y la valoración de las pruebas, se ha apartado de una óptica objetiva es el dictado por la CNCiv. Sala B 29/12/1.986 – J. A. -1987 IV- p. 362.-

En todo juicio de filiación, la mira debe estar centrada en develar la verdad de un hecho generacional, determinando un vínculo filial, por lo que todas las otras circunstancias subyacentes en el acto procreacional, no deben incidir en el fallo (Ej. hijo extramatrimonial de prostituta ó de una relación adúltera –padre casado-).-

Por otro lado, el cambio de conciencia social y la valoración de los fenómenos sociales, que han superado modelos rígidos y estereotipados en cuestiones de familia, fueron recogidos por la ley en materia filiatoria y así fue como se llegó al cambio legal, a conquistar la igualdad de las filiaciones (Ej. equiparación total entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales).-

Es un hecho comprobado que existen muchos factores sociales que han incidido en el constante aumento de nacimiento de hijos extramatrimoniales. Hay una franja muy importante de la población, sumida en la promiscuidad y en la pobreza estructural que en muchos casos favorece tal fenómeno (Verruno et. Al., 1.994). En los Tribunales de Menores y a través de los medios de comunicación social, encontramos ejemplos de carne y hueso de tal realidad: madres- jóvenes- solteras, que en algunos casos, ni siquiera pueden señalar quien es el padre de su hijo; relaciones ocasionales, sin vínculos que deriven de la convivencia; niñas que en los albores de su pubertad se convierten en madres. En la mayoría de los casos, es la madre, la que toma a su cargo la responsabilidad procreacional y el aspecto económico-asistencial del niño, está soportando por ella ó su familia, cuando no se produce un abandono.-

Con la determinación de la filiación paterna, por una parte, nacen para el padre obligaciones morales y jurídicas, que tienden a hacerle responsable de la vida que contribuyó a generar y por otra parte, con el logro científico de la revelación biológica, se patentiza el derecho de todo niño a conocer su origen, de obtener su identidad y de gozar de la protección jurídica y social (resguardo de su integridad psicofísica, alimentos, educación, asistencia y derechos sucesorios) sin importar su origen.-

Por ello, más que una facultad (adopción de medida para mejor proveer, en caso de incertidumbre), es un deber de la Jurisdicción el ordenar la producción de las



pericias biomédicas (Art. 253 del C. Civil), aún cuando la parte no lo hubiese solicitado. En todo juicio de filiación, están en juego dilucidar una cuestión de parentesco, que determinará la identidad de una persona, reclamo que amparado por un derecho constitucional –derecho a la identidad- ha entrado en la órbita del orden público. La jurisdicción debe dar respuestas útiles, en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y en consecuencia, si la realidad técnica-biológica nos acerca procedimientos certeros y concluyentes para establecer la verdad de la herencia biológica, no puede renunciarse conscientemente a tal realidad. Ello debe ser legislado expresamente. Actualmente, la paternidad alegada es perfectamente demostrable, tanto con el sistema H.L.A. (con técnicas que emplean marcadores proteicos), cunado con la Tipificación del ADN (con técnicas de biología molecular), sistemas ambos que incluso se pueden complementar, obteniéndose con este último un grado de certeza prácticamente absoluto. De allí que la jurisprudencia señala, en materia de filiación, que las pruebas biológicas referidas son decisivas¹⁷ y que debe destacarse “...la certeza que proporcionan las modernas pruebas biológicas, para la determinación positiva de la filiación...”¹⁸.-

El Art. 4º de la Ley 23.511 indica que el examen genético “*será valorado por el Juez teniendo en cuenta las experiencias y las enseñanzas científicas sobre la materia*”. De allí se deduce que dichas pruebas deben ser valoradas con un criterio legal, que se le impone al órgano jurisdiccional mediante esta normativa de fondo - Ley federal que modifica las normas procesales relativas a la valoración de las pruebas periciales, en general-. (Zannoni, 1.989, pág. 462)

Los ordenamientos procesales en general, han adoptado un sistema de apreciación de la prueba, que se basa en las reglas de la “sana crítica” (Ej. art. 386 del CPCN – art. 384 del CPCC Pcia. de Bs. As.) es decir normas de criterio, libradas exclusivamente a la lógica, entendimiento y conciencia de los jueces, que los conducen a discernir lo verdadero de lo falso; orientación ritual que, en materia pericial, se complementa con la que establece la fuerza probatoria del dictamen pericial y los aspectos a tener en consideración –competencia de los peritos-

¹⁷. Cám. 1º C.C. San Isidro – Sala 1 – Abril 28/1.994; E.D. 159-181.

¹⁸. C.S.J.N – J.A. – 1.988-II, pág. 193.



uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca.-

Por lo dispuesto en el Art. 4º de la Ley 23.511, el Juzgador no podría aparentarse de las conclusiones periciales, teniendo en cuenta sólo a los demás elementos de convicción obrantes en la causa y como lo delimitó la Corte Suprema de la Nación (al ponderar la eficacia del Sistema H.L.A), al expresar que si bien la misma *“no obliga a los jueces, que son soberanos en la ponderación de las pruebas: para prescindir de ello, se requiere cuando menos, que no se le opongan otros elementos, no menos convincentes”*¹⁹. También se ha dicho que *“si bien el Juez tiene el derecho de evaluar las conclusiones de una pericia técnica, su poder no es absoluto y aquellos resultados no pueden ser desestimados por datos que no tengan un fundamento científico”* (Grosman, 1.989, pág. 195-199).-

De allí, que en la evaluación de las conclusiones de una pericia técnica deben ser observadas las reglas de la sana crítica, y para que un dictamen científico sea invalidado por otras pruebas que el Juez ha considerado preeminentes, estas deben gozar de las mismas garantías de idoneidad (científica) e imparcialidad. Es la única manera de alcanzar una decisión racional y ajustada a derecho.-

¹⁹ C.S.J.N – J.A. – 1.988-II 193.



5- Su Valor probatorio intrínseco y frente a pruebas no biológicas

Las pruebas biológicas de Histocompatibilidad (HLA) y de Inmunogenética (ADN), han sido aceptadas ya tanto por la doctrina y jurisprudencia como pruebas confiables, y dado su respaldo científico es prácticamente ineludible la necesidad de acudir a las mismas, para definir en el campo del derecho civil –área familia- las acciones filiatorias y en el derecho penal, cuestiones identificatorias de víctimas ó imputados en delitos contra las personas, ya señalados anteriormente.-

Del texto del art. 253 del C. Civil, se extraen los tres aspectos que ponen de manifiesto la orientación o espíritu que animó la reforma introducida por la Ley 23.264 y que son:

- el de priorizar el nexo biológico;

-el de la consecuente necesidad de agotar la búsqueda de la verdad respecto del mismo mediante toda clase de pruebas, otorgando dentro de ellas una relevancia especial a la pericia biológica, y

-el dar la posibilidad al órgano jurisdiccional de que si las partes la ofrecen y la convicción no surge de otras probanzas agregadas a la causa, use la atribución de decretarla de oficio.-

Los avances científicos del diagnóstico molecular del ADN y los adelantos logrados en la tecnología aplicada (técnicas sofisticadas –formación de expertos-sistemas informáticos, etc...) han llevado a un general reconocimiento del valor intrínseco del mismo (proporciona certeza) frente a otras pruebas. Así es como cobran mayor entidad las implicancias de la negativa a proporcionar material para la prueba biológica, anulando correlativamente, la relevancia de la pluralidad de concúbitos que el renuente hubiere invocado.- (Bossert y Zannoni, 1.992, pág. 96)

Realizada la pericia de la prueba inmunogenética, un punto importante a tener en cuenta, es que valoración se le dará a la misma dentro del contexto o plexo probatorio disponible. La pregunta es: ¿la prueba biológica es decisiva, suficiente y basta ella sola para fundar la sentencia? ó ¿debe considerarse que es una prueba insuficiente y necesita ser complementada por otras? Al respecto, hay tres posiciones: a) Quiénes aún no aceptan la eficacia absoluta de estas pruebas; b) Quiénes le otorgan importante valor pero necesariamente debe ser apoyada con otras pruebas y c)



Quiénes consideran que la prueba del Polimorfismo molecular del ADN, es suficiente para fundar la decisión judicial, aunque no haya otra u otras que la complementen.-

Esta posición es la que cada día gana más adeptos a nivel doctrinario, apreciándose prudencia al respecto en el orden jurisdiccional. Ello se debe al carácter estadístico de esta prueba y que prácticamente no hay índice de error (Álvarez y Gregorio, 1.992); el “fingerprint” del ADN es un método que supera al Sistema HLA, en cuanto se dirige directamente al código de la vida, el ADN. No busca identificar indirectamente a los individuos señalando ciertas diferencias (por ejemplo: grupos sanguíneos, encimas, antígenos, etc...) que varían de uno a otro dentro de cada especie (cabe recordar que el ADN es el que a su vez genera sus diferencias). La exactitud de la identificación que resulta de un “huella de ADN”, proviene de que esta última, es en realidad una especie de retrato a nivel molecular del individuo.- (Leonardo, 1.990)

Es prácticamente uniforme la jurisprudencia sentada por nuestros Tribunales el de otorgar a las pruebas biológicas una importancia trascendental (ya que otorgan un altísimo pero no absoluto grado de certeza) pero no obstante ello, su valoración debe realizarse en conjunto con otras pruebas.-

La certeza no es absoluta (del 100 %) y la experiencia del “Cross Over” ha producido incertidumbres; pero de cualquier manera, aunque haya un margen de error y éste sea muy reducido, igualmente debe ser tenido en cuenta, resultando prudente, valorar dichas pruebas con el resto del plexo probatorio.-

Si bien un resultado de probabilidad superior al 95% podría fundar una sentencia favorable, Mazzinghi (1.972) expresa que erigir a alguien, a través de una sentencia, en padre de otro, es un tema suficientemente delicado como para que los jueces lo decidan con un grado aceptable de certeza. Y sería difícil que dicha certeza pueda alcanzarse sólo gracias a que el demandado, no consienta en someterse a un examen hematológico. La relación paterno filial, puede aparecer con un altísimo porcentaje de seguridad a través de dicho examen, pero suele estar inscrita en un contexto que solo muy rara vez puede ser inaccesible a la prueba.-

Cuando está en juego la filiación de una persona, dada la seriedad de los intereses personales y sociales implicados, las precauciones deben ser extremas; la actitud prudente debe primar, pues por la vía de supuesto, serían pruebas concluyentes



en contra de la certeza aportada por una Prueba de Compatibilidad Inmunogenética – ADN-, la existencia de una cirugía completamente esterilizante, a la fecha de la concepción ó la imposibilidad absoluta de mantener relaciones sexuales.-

Así es que en los pronunciamientos sobre el tema, las sentencias se apoyan no solo en las pruebas biológicas (si las hubo) ó la negativa del renuente a su realización, sino también en el resto de los elementos probatorios que informan la causa. Así por ejemplo, en un fallo de la 1° Cám. de San Isidro, Sala 1 se resuelve que, amén de tenerse en cuenta que la prueba biológica (H.L.A.) “*reviste particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoya y por la índole de los análisis que requiere*”, establece que la prueba del nexo biológico, presupone la acreditación de: 1) la relación íntima de los padres; 2) que las mismas hubieran tenido lugar durante el período legal de la concepción; 3) que ocurrió el parto; y 4) que haya identidad entre el nacido del mismo y quien demanda su filiación²⁰.-

En el derecho extranjero, y siguiendo a Verruno, Haas y Raimondi (1.990), también se ha producido una evolución en cuanto a la recepción brindada a estas pruebas en los juicios de filiación, al punto de que la mayoría de los códigos las admiten e incluso algunos establecen cuál es el valor que se le otorgará a la negativa a someterse a las mismas. Ej. Código de Costa Rica en su art. 98 establece la admisibilidad de la prueba, pero siempre que la misma sea evaluada por el “Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia”. Otorga asimismo consecuencia a la negativa sin fundamento a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal: “podrá ser tenida como procedimiento con malicia” por la parte y “como indicio de la verdad de lo que pretende demostrar dicha prueba”, por la otra.-

El Código Peruano, en su art. 413, declara también la admisibilidad de “la prueba negativa de los grupos sanguíneos y otras de validez científica”. También se refiere a la admisibilidad de la prueba de grupos sanguíneos, en los casos de maternidad producto de violación y fueren varios los autores del delito; y en base a esa prueba se declara la paternidad de uno, si se descartó la posibilidad que hubiere correspondido a los otros; y si alguno se negare, y la prueba descartó a los demás, la

²⁰ Cám. 1° C.C. San Isidro – Sala 1 –28/04/1.994; E.D. 159-181.-



paternidad se atribuye al renuente.-

En España, la Jurisprudencia otorga gran importancia a esta prueba al punto de que podría tener un valor superior a otras pruebas. Si bien este es el criterio de la mayoría de las Cortes europeas, en Francia ya se ha advertido que las mismas están sobrevaluadas y que se impone hacer uso de la prudencia, para evitar fraudes y al mismo tiempo garantizar el valor de la pericia. Como lo han dicho eminentes especialistas de nuestro medio: el juicio de filiación hoy en día es netamente de corte pericial.- (Verruno- Haas- Raimondi, 1.990)

La importancia y la recepción de las pruebas biológicas, en general, fueron cuestionadas oportunamente, señalándose que las conclusiones de las mismas se expresan en términos de probabilidad, producto de abstracciones matemáticas y que su valor es relativo, dada la imposibilidad de establecer con certeza absoluta, la existencia (o la no existencia) de una relación cosanguínea.-

Cabe tener presente, sin embargo, que en el estado actual de la ciencia, la prueba de “polimorfismo molecular del ADN” confiere más certeza, superando la prueba de histocompatibilidad –H.L.A.-, certeza que se potencia, cuando se comparan los resultados (similares) de las diferentes técnicas aplicadas, y donde cada una, estableció la probabilidad cierta de algo.-

Y si bien es cierto que en el orden científico los conocimientos no son definitivos, sino renovables y transitorios, también es cierto que a nivel de la biología molecular, la realidad es la apuntada –la prueba de ADN confiere una certeza del 99,9%-.

Las teorías fundamentales son esquemas, que se conforman con informaciones y precisiones que conllevan el estado de ánimo del observador. Por ello, ni siquiera es exacto que la teoría cuántica corrobora cuanto afirman los biólogos moleculares (Hans Primas: “*Química Mecánica Cuántica y Reduccionismo*”). Si se adviene un cambio, lo sería ya a nivel atómico. “Las últimas teorías enseñan que si hay un cambio mínimo, en las constantes usuales, un cambio mínimo por ejemplo de la relación de la masa del protón y del neutrón se originaría una evolución radicalmente diferente e impediría –de hecho- la existencia de la vida en sitio alguno”. Es decir que las leyes que descubrimos son las leyes de un universo en el que podemos vivir, o para decirlo con



las palabras de Hawking “Las cosas existen como existen porque existimos nosotros”.- (Piropo, 1.995)

En nuestro país, las técnicas de tipificación de ADN, como poderosa herramienta biológica en el sistema legal para atribuir identidad, es decir, empleadas para determinar filiación, comienzan a emplearse hacia el año 1.990. Y su inclusión, como evidencia científica, vino a robustecer y consolidar con más certeza, las que ya se venían utilizando (ej. H.L.A.). Es importante poner de resalto y recomendar su lectura, de las conclusiones de un trabajo realizado en nuestro país, que mereció (dada la importancia de su aporte científico) el “Premio Academia Nacional de medicina” en el año 1.997.-

Me refiero al trabajo titulado “Alcances de la biotecnología del ADN en la medicina social” – Autores: Rosario Alicia Sotelo Lago – (Médico Forense del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional); Daniel Corach, (Director del Laboratorio de Huellas Digitales Genéticas de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la UBA); Gustavo Penacino y Andrea Sala (del mismo laboratorio); Dres. Emilio J. C. Hass y Eduardo H. Paimondi, ambos directores del P.R.I.C.A.I. (Primer Centro Argentino de Inmunogenética.), quienes elaboraron en conjunto la experiencia que refleja sin lugar a dudas el aporte de los recursos moleculares a cuestiones sociales de implicancia jurídica: Estudio de las características observadas en la resolución de casos judiciales (246 casos entre los años 1.992 y 1.996) que requirieron identificación mediante las técnicas aportadas por la genética molecular en base a distintas problemáticas que generaron la intervención de la justicia (ej. Acciones de filiación, por ausencia de reconocimiento de los hijos por parte de sus progenitores; adopciones ilegales y el tráfico de niños; las agresiones a la libertad sexual; los homicidios y la identificación de víctimas de catástrofes como la destrucción de la embajada de Israel en marzo de 1.992 y la explosión de la AMIA en julio de 1.994, aplicándose en nuestro país estudios de ADN para el reconocimiento de restos humanos fragmentados).-

Transcribo textualmente, de dicho trabajo, la siguiente reflexión: *“Aún cuando gran parte de las teorías científicas están sujetas a revisión en uno o varios de sus aspectos, en razón de que la investigación genera nuevas hipótesis y conocimientos, la biotecnología del ADN aportó a uno de los encuadres de la medicina social: la*



medicina legal, un sistema de análisis hay ya incuestionable y poderoso en esencia. Un sistema que contribuye a fortalecer la defensa de derechos a la identidad, el derecho a la justicia y a la protección de la dignidad de las personas”.-

Obligatoriedad de su realización

Habiéndose determinado ya la magnitud e importancia de esta prueba biológica, cabe ahora plantearse si la misma es indispensable para definir una causa, ó más aún, si este carácter de necesidad conlleva la correlativa obligatoriedad de su realización (situación todavía no legislada) -.

Es una verdad aceptada que el concepto de prueba y actividad probatoria presenta en el derecho de familia, manifestaciones diferentes. El fundamento está en que la pretensión de que se esgrime y su resolución, por lo general, interesan al orden público familiar.-

El concepto de orden público en el derecho de familia encuentra su traducción más precisa y concreta en la noción de interés familiar. Este consiste en la realización de los fines esenciales del grupo y en la protección del interés individual dentro del grupo siempre que armonice con dichos fines esenciales.- (Bertoldo de Fourcade, Ferreyra de De La Rúa y Ossala, 1.999)

En los procesos filiatorios, el Juez tiene poderes más amplios para alcanzar “la verdad”, superando con su actividad investigadora de oficio (art. 253 del C.C.) la eventual imposibilidad probatoria de las partes. Ello encuentra su sustento en que cuando se averigua la verdad biológica, no solo están en juego intereses privados, sino también un interés público: el estado civil, que es determinante del emplazamiento de la persona en la familia y es un atributo que hace a su calidad esencial, interesando a la sociedad, por fuera de los intereses privados y particulares, que sus integrantes tengan filiación conocida.-

He hecho alusión supra, al cambio sustancial operado en la moral social, en lo que hace a la irreprochabilidad de las filiaciones extramatrimoniales, lo que a su vez incidió en un cambio de la filosofía jurídica, que propició la reforma en materia filiatoria. La ley ha establecido la igualdad de derechos para los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio –ha separado la procreación de la existencia de vínculos



previos, permanentes ú ocasionales de los progenitores-. Ello se fundamentó también en los avances científico-técnicos... *“que permiten establecer la filiación biológica con gran certeza y desenmascarar, incluso a los progenitores más discretos”*²¹.-

Por eso, en el juicio filiatorio, la verdad biológica sería coincidente con la verdad jurídica objetiva, que debe buscarse en todo proceso. A mi juicio, no basta la verdad formal o judicial; se debe llegar a la verdad objetiva: esto es, la existencia o no del nexó biológico.-

No hay norma en nuestro derecho positivo que establezca la obligatoriedad (o que sea necesario) realizar estas pruebas en todo juicio filiatorio; tampoco está prevista la obligatoriedad de suministrar material (sangre, semen, raíces de pelo (bulbo), orina, huesos, etc...) para la realización de las pruebas biológicas; sí está prevista la posibilidad del Juez de decretarlas de oficio (art. 253 del C.C.) y la posibilidad del requerido a negarse a hacerlo, con el resultado de que *“la negativa constituirá un indicio contrario a la posición del renuente”* (art. 4º de la Ley 23.511). Teniendo en cuenta la realidad social, la necesidad de una praxis judicial funcional, el interés público que reclama la determinación de la verdad en cada proceso, es que se impone cada día más la necesidad de que se produzca una reforma legislativa, que precisamente abarque la normativa de fondo señalada, con su correlativo apoyo en las normas procesales locales.-

En los próximos capítulos, se seguirán desarrollando los distintos argumentos, que fatalmente obligan a pensar en ello.-

²¹ Cám. 1º de familia de Córdoba – “C. L. S. c/ O. S. p/ Filiación”. 24-8-1.994; Sentencias N° 305 (28/06/1.992); N° 250 (30/05/1.994).-

CAPITULO IV

IDENTIDAD. VERDAD BIOLÓGICA. FILIACIÓN CIERTA

“La falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, a los caracteres físicos de la persona y a su realidad existencial”

Adriana Krasnow-

Protección del derecho a la identidad-

VII Congreso Internacional del derecho de Daños. Año 2.002-

Facultad de Derecho- Universidad de Buenos Aires.-

1- El valor identidad. Su fundamento filosófico

La identidad es la verdad íntima y estructural del ser humano-persona.-

La identidad, vista así, como “la verdad personal”, concierne a la historia, a la biografía y a la herencia que recibe y transfiere todo ser humano-persona. De esta manera, la identidad es un derecho que se ejerce en pleno, cuando es conocida, por el ser “mismo” y reconocida por sus raíces (quienes le dieron al ser) y la sociedad (en la que vive ese ser y proyecta su “verdad personal”).-

La persona debe conocer su identidad, o por lo menos, saber que puede conocerla. El concepto de identidad, comienza en el inicio de la vida, porque el ser que surge en el instante de la concepción, no es otro que un ser humano único, irreplicable, irremplazable. La genética, nos ha permitido conocer que la identidad del nuevo ser humano, está dada desde el momento en que los 23 cromosomas paternos se unen a igual número de cromosomas maternos y el embrión, ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un nuevo ser genéticamente diferente a sus progenitores. En un concepto evolutivo –durante su existencia- pasará por las distintas etapas de desarrollo, y esa identidad propia se irá redefiniendo en una determinada personalidad, en el marco de la proyección social de su tiempo.-

Como señala Erich Fromm (1.984, p. 78), la identidad conocida le permite decidir a una persona YO soy yo en la medida “en que vivo, en que estoy interesado, en que tengo relaciones, soy activo y he alcanzado una integración entre la apariencia en relación a los demás y conmigo mismo y la esencia de mi personalidad”.-



La identidad real se basa en la autenticidad y la verdad; por ello, el ser humano libra constantemente una lucha consigo mismo para afirmar su identidad personal, dentro de las relaciones comunitarias, para “ser él mismo” y no ceder a un “mimetismo social” y como lo señalaré más adelante, esto lo logrará, en tanto y en cuanto, sea libre, para trazar o armar su proyecto vital y/o existencia, a pesar de los límites que lo condicionen y constriñan.-

De lo expresado surge que, la defensa de la identidad supone indudablemente que exista respeto entre las personas; si una identidad es falsificada, ello importa un delito, como es también serio, cuando no se le da oportunidad a un niño de auto conocer su verdadera identidad.-

Toda persona tiene derecho a conocer su identidad de origen, sus raíces, su procedencia, que le darán la base existencial sobre la que se estructurará y consolidará su personalidad. Los Dres. Enrique Petracchi y Carlos S. Fayt, en un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia, en una trascendente disidencia, privilegiaron los derechos del niño a conocer su identidad, opinando que: “...El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que todo sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es, finalmente, la que resulta mancillada, cuando el acceso a la verdad es obstruida...”²².-

En otro fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros argumentos, se reconoció que el derecho a la identidad goza de jerarquía constitucional, y si se admitía la negativa de los requeridos a un examen genético, ello importaría desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8º), lo cual a su vez podría ocasionar responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos²³.-

Así se ha entendido que, justamente por esa aspiración con-natural de todo ser humano, a conocer a quiénes lo han engendrado, son tan traumáticas las

²². C.S.J.N., L.L. 1.991- b- 470 (votos en disidencia de los Doctores Petracchi y Fayt);

²³. C.S.J.N., Causa N° 197/90 “S. de J. A. y ots. p/ Substracción de menores- Suposición del estado civil y falsedad ideológica” y “G.M.L. s/ Querella”. 27/12/96, E.D. T. 172-175, Considerado 14.-



consecuencias, cuando se obstaculiza el acceso a la verdad, y queda indefinida la verdadera identidad.-

Históricamente el hombre, se ha preocupado por indagar sobre sus orígenes; inquietud o necesidad connatural al ser humano, como parte integrante del universo y como “ser en sí mismo”, con “su historia” y como titular de todo un acervo o bagaje cultural y sociológico, que se transmite por herencia general.-

Pero en la evolución del pensamiento, distintas han sido las ópticas o formas de aproximarse al hombre. Es en el presente siglo, cuando se ha producido un cambio de dirección en las reflexiones filosóficas sobre la persona humana y su problemática existencial.-

En la filosofía contemporánea, se ha dado un movimiento conocido como la Filosofía de la Existencia, que propone la profunda reflexión sobre el hombre en sí mismo, es decir en “SU MISMIIDAD”. El hombre, así concebido, se nos presenta, desde el punto de vista ontológico, como un problema para sí mismo. Así, lo que se ha dado en llamar –el existencialismo- rescata al hombre como un ser LIBRE y CREADOR; la libertad, la comunicación, la interioridad, el sentimiento histórico temporal de la existencia humana, pasaron a ser fundamentales temas de atención y meditación.-

La ontología tradicional, vale decir la aprehensión racional del ser, supone alejarse del mismo para captarlo desde afuera, como un objeto que debe analizarse.-

Esta filosofía, tomaba al hombre como un objeto de investigación para las ciencias, como la anatomía, la psicología, la fisiología ó la historia. Se aprehendería del hombre sólo aquello que lo enraíza con la naturaleza. Es decir, desde una posición racionalista, que pretende captar al hombre sólo desde la Razón, y por consiguiente la experiencia no intelectual, como los sentimientos y las emociones, no era tenida en cuenta. El existencialismo, por el contrario, se esfuerza por comprender y revalorizar a la persona; al hombre en su radical dimensión existencial, de “ser en libertad”; de esta manera, las emociones y los sentimientos, son consideradas como experiencias reveladoras de la “mismidad” del ser. “...*La revelación emocional, significa por el contrario, un no salir de la propia esfera del ser, un no separarse de él, un confundirse con él, para vivenciarlo tal cual es...*”.(Fernández Sessarego, 1.992, p. 4)



La revalorización de la persona humana se mantiene vigente, a pesar de las nuevas corrientes filosóficas que auguran el “fin de la modernidad”, con el advenimiento de cambios socio-culturales (Vattimo, 1.990), que evidentemente han puesto en crisis algunos de los postulados que han caracterizado la concepción del mundo que conocemos. Así “en lo jurídico, se advierte un doble fenómeno: la noción de individuo aislado es el eje sobre el cual se edifica el Derecho Público tanto como el Privado...” y por otro lado, se cristalizan “paradigmas” institucionales: la persona, el contrato, el testamento, la familia, la personalidad jurídica, el delito (Ciuro Caldani, 1.995).-

De cualquier manera, la “modernidad” es el momento, el tiempo en el cual el sujeto, al decir de Hegel, “entra en relación consigo mismo”; en el que el hombre se aprehende como sujeto y consecuentemente toma conciencia contradictoria de sí mismo.-

Cuando aludimos a que la identidad afectaba a la historia y a la biografía del ser, nos referimos a la imposibilidad de aprehender la esencia existencial del hombre sin referencia al pretérito (pasado, raíces, orígenes-vínculo biológico, etc...) y a su futuro (proyecto existencial); es el hombre en su temporalidad como ser libre y creador.-

En su discurrir existencial, tránsito temporal, concurren elementos estáticos (el nombre, seudónimo, condición legal o registral) y dinámicos (rasgos de índole cultural, política, psicológica y moral de la persona) que se complementan y van configurando la IDENTIDAD PERSONAL del ser individual, de la persona.-

Como exponentes que han contribuido a definir el carácter existencial de la persona –su identidad- podemos mencionar a Heidegger, Jaspers, Sastre, Marcel, Mounier, Frankl, Miró Quesada.-

Y desde sus conceptos y de acuerdo a lo enseñado por Fernández Sessarego (1.990, p. 1.277) se puede definir a la identidad personal, como *“El conjunto de atributos y características sicosomáticas, que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de rasgos de la personalidad, de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás, conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es, en cuanto ser humano”*.-



Y volviendo sobre aquellos elementos estáticos y dinámicos que mencionamos supra, es de señalar que los primeros (estáticos) son los atributos que se hacen visibles frente a la percepción de los demás. La persona se identifica en forma inmediata por estos atributos. Respecto de los segundos, la identidad se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural de la personalidad y está dado por la sumatoria de opiniones, actitudes, comportamientos, etc..., que se vislumbran en la interacción social de los individuos en los distintos planos de su actuación (profesional, religioso, político, etc...).-

La problemática existencial del hombre, construida filosóficamente trasciende al derecho, es decir llega al plano jurídico, fenómeno cultural cuyo fin último de lograr una pacífica convivencia social, no se vería realizado plenamente, si no se protegieran las particulares realidades del ser humano, Ej. la identidad biológica, como presupuesto del derecho a la verdad en los juicios de filiación.-

La identidad personal está presente desde el momento mismo de la concepción, individualmente que deviene de un padre y una madre, recibiendo el concebido un código genético particular y exclusivo. De tal manera, ese nuevo ser concebido, tiene ya una identidad propia y diversa de aquellos que le dieron vida (Zavala de González, 1.983). Por ello es que se admite el derecho al conocimiento de la realidad biológica, el que puede verse afectado por varios motivos, como el uso de técnicas de procreación asistida, ó algunos supuestos de adopción, ó de desconocimiento de paternidad.-

En este último supuesto, el acceso a la propia verdad biológica, aparece obstaculizado por los propios padres, cuando desconocen la paternidad del hijo al que dieron vida, olvidando la responsabilidad procreacional que les cabe, en consecuencia. Ese desconocimiento injustificado lesiona el derecho a la filiación cierta, por parte del hijo extramatrimonial, que no es reconocido por su progenitor, encontrándose al respecto, valiosos antecedentes jurisprudenciales, que declaran resarcible el daño moral que el mismo ha sufrido (Juzg. 1º Inst. San Isidro- DE 128/332; Cam. Ap. CC San Isidro – DE 132/476; CNC. Sala F – con nota del Dr. Eduardo Zannoni – LL – 1.990 – A-2; DE 139/201). Asimismo un emplazamiento familiar no debe cercenar el pasado biológico, aunque fuera con miras bien intencionadas²⁴.-



2- Derecho a la filiación cierta como presupuesto de la identidad persona. Su recepción en el Derecho

Siendo la identidad la proyección objetivada de una verdad personal, la sociedad en la que se desenvuelve la persona, tiene por una parte el deber de respetar esa proyección y a su vez el derecho de exigir que la misma sea auténtica en sus manifestaciones. De allí, que exista un interés social, de orden público, que exija la verdad objetiva, en la determinación del nexo biológico en los juicios de filiación.-

Para entender el derecho a la identidad, según enseña Fernández Sessarego (1.992), hay que remitirnos a los antecedentes jurisprudenciales italianos.-

En el derecho italiano, De Cupis al referirse a la identidad personal, afirma que se trata de un interés digno de protección jurídica, que posee la persona, por afirmar su propia individualidad. Pero puede ocurrir que esta individualidad, se vea falseada, alterada por elementos “no verdaderos” o por “la omisión ó ausencia de elementos verdaderos” (Ej. no determinación de una paternidad cierta). También Tommasini afirma que lo que jurídicamente se tutela, no es una aparente identidad, sino la proyección externa de la personalidad, siempre que ella refleje la verdad de los valores y acciones que son propios del sujeto. La proyección externa tiene que ser coherente con la verdad de los hechos a través de los cuales se manifiesta la personalidad.-

En un interesante fallo, dictado por un Tribunal romano (6/5/1.974), el Juez consideró que en un cartel publicitario que involucraba a dos personas, se les había lesionado dos derechos: a la imagen y la identidad personal; éste no estaba regulado específicamente en el ordenamiento jurídico, pero surgía de una cláusula general de rango constitucional. Lo novedoso de este fallo, es que lo reconoce y eleva a la categoría de un derecho personal autónomo, “a no ver alterada la propia personalidad individual”.-

Posteriormente, la Suprema Corte de Italia, (el 22/06/1.985) da la más completa definición que sobre el derecho a la identidad personal se había dado a esa fecha. Este fallo dice que hay un “interés existencial” merecedor de tutela; cada sujeto

²⁴ CNCiv. Sala D, (1.993) – “C.M.M.L. s/ Información Sumaria” con nota de Barbero Sarzábal, titulada “Todos los hijos son iguales”. Rev. La Ley del 17/09/1.993.-



puede presentarse en la vida de relación con su verdadera identidad, ser uno mismo y que la “verdad personal, consiste en el patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, dejando abierta mediante un elocuente etcétera, la posibilidad de hallar otras connotaciones (Ej. morales- psicológicas). Se desprende de este fallo, que lo que se tutela es la personalidad tal como es conocida ó podría llegar a conocerse en la realidad social y pone énfasis en los llamados “criterios” de los jueces, tales como “normal diligencia y buena fe subjetiva”. Dichos criterios humanizan la relación jurídica, atendiendo a factores subjetivos que deben ser considerados al juzgar las conductas lesivas a la identidad personal.-

Se ve entonces, cómo a través de los antecedentes jurisprudenciales italianos, se va conformando y delimitando lo que se entiende por derecho a la identidad personal – un derecho a la personalidad- que como otros (Ej. de la intimidad) no estuvo receptado en los ordenamientos jurídicos del siglo XIX, que prestaron mayor atención a la protección de los derechos patrimoniales. Los jueces, captaron la existencia de ese “interés de la persona” que por su significado e importancia merecía ser tutelado por el Derecho. El reconocimiento de este nuevo derecho de la personalidad, se sustenta no solo en la actividad jurisdiccional, sino en la importante contribución doctrinaria (De Cupis, Alagna, Giacobbe, Etc...), en una construcción cuyo fundamento fue sentado en el art. 2º de la constitución Italiana que dispone: “...la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad”.- (Fernández Sessarego, 1.992)

Según lo ha expresado Sessarego, la identidad personal se presenta, por todo lo expuesto, como un preponderante interés existencial que merece tutela jurídica.-

3- Legislación extranjera

El derecho a la identidad, como presupuesto de la verdad biológica, como uno de los aspectos de la filiación, (tal el enfoque que se ha tomado para el presente análisis), ha sido receptado en distintos países, en su derecho positivo y en su Ley Fundamental. En algunos casos se ha legislado en forma indirecta sobre el tema cuando se tutela a la persona y la familia y bajo la cobertura legal se encuentra explícitamente la remisión a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad.-

En el art. 127 del Código Civil Español se recepta en forma expresa la legitimidad de las pruebas biológicas en la investigación de paternidad. Esta disposición se apoya en el art. 39 Punto 2 de la Constitución Española, que declara: “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”; estableciendo en el art. 39 Punto 3 que “los padres deben presentar asistencia en todo orden, a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”. Por otra parte, es de destacar el espíritu de la misma, al referirse a la “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación” lo cual concuerda con lo dispuesto en el art. 14, que expresamente prohíbe la discriminación por razón de su nacimiento.-

En la Legislación Francesa, la materia filiatoria se basa fundamentalmente, en la voluntad del reconocimiento de la paternidad y la maternidad natural, habiendo una diferencia según que ese reconocimiento sea espontáneo, voluntario, o sea impuesto, como resultado de una acción judicial tendiente a establecer el emplazamiento filial. La reforma introducida por la Ley 9.322 de 1.993, prevé que para establecer la paternidad, existan “presunciones o indicios graves”, estableciéndose también condiciones de procedencia de las acciones filiatorias y plazos de caducidad para ejercerlas.-

En 1.983, se creó en Francia el “Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud”, y en 1.992, la Asamblea Nacional aprobó una ley sobre bioética, tratando entre otras cosas, sobre procreación médicamente asistida y reproducción in Vitro. Está totalmente prohibida la experimentación con embriones humanos (investigación de clones).-

Ante el avance de la investigación genética, se ha establecido el anonimato para los donantes de espermia (acto solidario hacia la pareja estéril sin compensación



alguna) y se reconoce la personalidad jurídica del hijo desde el momento de la concepción.-

En Inglaterra, sobre este mismo aspecto y siempre en relación al derecho de indagar la identidad, el llamado Informe Warneck, recomienda que, en caso de intervenir un tercero (donante), éste no conozca ni sea conocido por la pareja asistida ni antes ni durante ni después del tratamiento. El niño a la edad de los 18 años, deberá tener acceso a la información de su origen genético. Por consiguiente se recomienda conservar los datos de los donantes. En 1.989, se aprobó la Nueva Carta de la Infancia.-

En Suecia, a la vanguardia de los países pioneros en la regulación de la inseminación artificial a partir de 1.985, introdujo reformas legislativas de gran importancia. Antes de la reforma, era absolutamente secreta la identidad del donante., cuyos datos se destruían en cuanto comenzaba el embarazo. La reforma recoge la tendencia de que el hijo nacido por inseminación artificial, al igual que el adoptado, tiene la “necesidad” y el “derecho” de conocer su origen. Los datos del donante, se registran en Libro Especial por 70 años.-

En Alemania, en Diciembre de 1.989, se dictó una ley que prohíbe los acuerdos o convenciones en materia de maternidad sustituta (se penaliza con pena de prisión a quien se ofrece como madre portadora –la pena se agrava para quienes ofrecen recompensa y/o crean empresas para la intermediación y/o publicidad ofreciendo madres sustitutas). Las Cortes Administrativas de Kessel y Frankfort, han juzgado sobre este tema como también sobre la prohibición de convenciones privadas –intermediación- en materia de adopción. Es una actividad que atenta contra el orden público y equivale a tráfico de niños, incompatible con la dignidad humana. Es interesante, el proyecto de ley destinado a limitar la medicina de la reproducción, especialmente la manipulación genética y lo relativo a la fecundación artificial y asistida. En materia del derecho a conocer su origen, según un fallo de la Corte Constitucional Federal de 1.989, este derecho está reconocido como consecuencia del derecho general de la personalidad, reconocido por la Constitución. En un Tribunal de Nassau, se le reconoció a un hijo ilegítimo, el derecho de demandar a su madre la revelación del nombre de su padre natural. Desde un Tribunal de Hamburgo llegó a la Corte el caso de una joven que pretendía impugnar su filiación legítima (la misma



nació durante el matrimonio de su madre, pero el marido de ella no era su padre aunque la reconoció legalmente como tal). Según la ley alemana, la madre y el padre natural no tienen derecho a impugnar la filiación legítima; el marido tiene el plazo de dos años para hacerlo; y los hijos no pueden impugnar su filiación legítima, mientras subsista el matrimonio de sus padres, a menos que estén separados. La regla del Código que impide la impugnación de la paternidad, se fundamenta en la necesidad de no afectar la armonía familiar. Es interesante destacar que en Alemania, la experimentación o manipulación de embriones está prohibida, pues este país ha quedado profundamente sensibilizado por las experimentaciones realizadas con embriones para mejorar la raza humana durante la época del nazismo.-

En Estados Unidos: Dada la especial estructura política de este país se han regulado de diversas maneras en cada uno de los Estados, las distintas variantes logradas por los avances genéticos, ya sea en el caso de la fecundación in Vitro, de la inseminación artificial, del “alquiler de vientres” hasta que en el año 1.979 las autoridades decidieron intervenir a través del Instituto Nacional de la Salud. Recientemente, el concepto del “derecho a la privacidad de la pareja” se enfrenta con corrientes que postulan el derecho a la realidad biológica tanto por los avances de la ciencia como para el caso de las adopciones. En materia de fertilización asistida, en 1987 “The American Fertility Society” publicó un informe sobre consideraciones éticas de las nuevas tecnologías de reproducción. En febrero de 1.993 el “Oficial Journal Of the American Fertility Society” estableció reglas básicas de protección genética frente los donantes de gametos. Pero de cualquier manera, y a pesar de estar a la vanguardia del tema, en USA, la ética de la reproducción humana asistida no está regulada aún en forma satisfactoria.-

En Italia: en la Ley Italiana, el art. 235 confiere la acción de impugnación de la paternidad del marido, no solo a éste, sino también a la madre y al hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, en todos los casos que pueda ser ejercida por el esposo.-

Con respecto a otros países europeos, el Consejo de Europa, elaboró un proyecto de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, referidos a la identidad del donante de espermatozoides u óvulo, secreto sobre la identidad de los miembros de la pareja y el hecho mismo de la procreación



artificial, previéndose que el niño, a su mayoría de edad, acceda a la información que esclarezca su identidad.-

En Bolivia: el Código de Familia, en su art. 200 establece “*En la hipótesis que el nacido se halle emplazado como hijo del marido, pero que no goce de la posesión de estado frente a éste, sino respecto del tercero, dicho tercero puede discutir la paternidad del esposo, como paso previo al reconocimiento del niño*”.-

En Uruguay: el derecho de familia uruguayo está contenido en dos Códigos: el Código Civil (de inspiración francesa) y el Código del Menor (de inspiración alemana) y en leyes especiales. En lo que respecta a la filiación legítima, encontramos que la ley presume como padre al esposo de la madre, respecto a los hijos nacidos durante el matrimonio. Ha sido objeto de preocupación, todo lo relativo a las técnicas de procreación asistida; inseminación heteróloga, con consentimiento del marido; inseminación a la viuda con espermatozoides congelados del marido, etc...-

En relación a la filiación natural, de acuerdo al Código Civil, son naturales los hijos nacidos de padres que al momento de la concepción, no estaban casados y da la posibilidad de que puedan ser legitimados, por reconocimiento realizado por acta auténtica o testamento. Gran valor se le otorga al reconocimiento tácito, resulta de la constatación hecha ante Juez competente, de haber gozado de posesión de estado, notoria e ininterrumpida de 6 años. Después de la reforma de 1.987, los hijos naturales (reconocidos) tienen los mismos derechos sucesorios que los legítimos.-

La acción de impugnación de filiación puede ser iniciada por todos aquellos que tengan interés en el asunto. Esto significa una gran independencia en lo referente a plazos y a las restricciones de iniciación de la acción. En el Código del Menor, más amplio en cuanto a la investigación de la paternidad, supera las limitaciones del Código Civil.-

Como se ve, si bien encontramos algunas normas sobre la filiación, específicamente, sobre el derecho a indagar la paternidad en pos de la verdad biológica y sentar la verdadera identidad, son muy pocas.-

4- Derecho Argentino

Dada la firme tendencia a considerar que los principios y valores inherentes a la persona humana, deben primar en el sistema jurídico de todo Estado democrático, haya o no norma expresa, el legislador ha recogido el derecho de todo ser humano a indagar su filiación y a emplazarla. Como consecuencia de ello, se reconoce el derecho a la identidad personal y al estado civil de familia. Dicho reconocimiento opera tanto a nivel del ordenamiento normativo interno, como en el plano supranacional. Respecto del primero, no aparece en nuestra Constitución Nacional, dentro de los derechos enumerados, por lo que estaría implícito en el Art. 33 de la misma. Ello se da igualmente en la mayoría de las Constituciones Provinciales Argentinas, salvo en la de la Provincia de Buenos Aires, que expresamente lo consagra en su art. 12 punto 2. La garantía máxima está dada por el derecho supranacional, a través de los Tratados Internacionales, incorporados al orden jurídico argentino, según lo dispone el Art. 75 Incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental, que gozan de jerarquía constitucional. Allí pues, encontramos normas relativas al derecho a la identidad personal, que integra el elenco de los derechos humanos fundamentales.-

El derecho de familia argentino, después de la sanción de la Ley 23.264, ha receptado el principio de la “verdad biológica” que pretende la coincidencia entre el vínculo jurídico filiatorio y la realidad procreacional.-

En el Código Civil, luego de la reforma introducida por la Ley 23.264 (que derogó el Título originario – Sec. Segunda-), se establecieron normas expresas en materia de filiación, que se asientan en aquél principio. Antes de la modificación normativa, la filiación se asentaba exclusivamente en la voluntad de los padres; ahora se busca establecer la realidad natural del origen. Ej. art. 253 prevé que en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, estableciéndose en concordancia consecuencias determinadas, en relación a la negativa de someterse a la práctica de los exámenes periciales ó pruebas (art. 4º de la Ley 23.511).-

Según sea la postura asumida por el operador jurídico, frente a la negativa del requerido a someterse a la práctica de exámenes periciales ó pruebas biológicas, las consecuencias derivadas de la renuncia, serán resueltas en fundamento diverso: **a)** en



la normativa prevista en el art. 4º de la Ley 23.511 (presunción legal) aplicable según lo interpretaría la doctrina mayoritaria, en “todo” proceso filiatorio ó bien, **b)** en la llamada “presunción hominis”, grave, precisa y concordante (Ej. art. 163 inc. 5) de los Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación y Provincia de Buenos Aires –Art. 377 y Art. 375 de los mismos Códigos, respectivamente), que deduce que la conducta asumida en el proceso por el no-reconociente, que habiendo tomado conocimiento del alcance de la prueba biológica, la obstaculiza. Esta última posición concuerda con el pensamiento del sector doctrinario y judicial, que se aparta de aquella normativa –art. 4º de la ley 23.511- dada la causa y el objetivo que la inspiró y que limitaría su ámbito de aplicación.-

En nuestras Constituciones Provinciales, se encuentran disposiciones receptoras de ese respeto por la persona, por el niño y la familia.-

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, dice en su art. 7 (ap. 2): “*El individuo desenvuelve libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen*”. Pensamos que tal ejercicio no sería pleno si no se facilita o se obstaculiza el derecho del mismo a conocer su verdad biológica. El art. 23 (ap. 2) estatuye que el Estado Provincial (al referirse a la protección de la familia) procura que el niño crezca bajo la responsabilidad y amparo del núcleo familiar.-

En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se ha reconocido expresamente el derecho a la identidad personal, al formular categóricamente en el capítulo referido a los derechos y garantías personales –Art. 12 Punto 2-: La persona tiene derecho a: “*A conocer la identidad de origen*”. Por el art. 15, se asegura, entre otros derechos, la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la inviolabilidad de la defensa de las personas y de los derechos, en todo procedimiento administrativo ó judicial, como así también la rapidez de las decisiones judiciales. Y al referirse a los Derechos sociales, tal como titula el capítulo, en el art. 36 (punto 1 y 2), toma a la familia y a la niñez (amén la mujer, a la tercera edad, etc...) como sujetos de derechos que deben ser protegidos.-

La Constitución de la Provincia de Córdoba, presenta un perfil de avanzada en materia protectora de derechos.-



En su Primera parte, específicamente, consagra los Derechos Personales: art. 18, que establece para las personas de esa Provincia, que gozan de los mismos derechos y garantías que la C.N. y Tratados Internacionales reconocen y están sujetas a los deberes y restricciones que imponen; art. 19 (Derechos Enumerados), en el 19.1 se recepta el derecho a la integridad psicofísica y moral..., en el 19.2 al honor, a la intimidad y a la propia imagen; en el 19.7 el derecho a constituir una familia...; en el 19.10, a comunicarse, expresarse e informarse. También los Derechos Sociales: Ej. Art. 25 *“De la Niñez: El niño tiene derecho a que el Estado mediante su responsabilidad preventiva y subsidiaria, le garantice el crecimiento, el desarrollo armónico y el pleno goce de los derechos...”*. Derechos Políticos: consagrando también los derechos propios de Asociaciones y Sociedades Intermedias, refiriéndose en su art. 34 a la familia en cuyo párrafo cuarto dice: *“El cuidado y educación de los hijos, es un derecho y una obligación de los padres; el Estado se compromete en su cumplimiento...”*. Si bien consagra derechos, esta Constitución también consagra deberes. En el art. 38 (puntos 1 y 2) establece que son deberes de las personas, el *“no abusar del derecho”* y *“actuar solidariamente”* (basamento esencial del moderno proceso); y al consagrar Garantías en el art. 41 establece que *“la prueba es pública en todos los juicios, salvo los casos en que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública”*.-

Así es que, los derechos y deberes enumerados y la vigencia de las garantías constitucionales, adquieren su pleno ejercicio en tanto y en cuanto su titular, la persona, goce de su verdadera identidad –de su “verdad biológica”- derecho esencial del ser humano a detentar una filiación cierta.-

El derecho a la identidad personal, integra el elenco de los Derechos Humanos, los que son fundamentales ó esenciales del hombre.-

Desde 1.948, con las Declaración Americana y Universal de los Derechos humanos, se produce la internacionalización de los mismos, y en un verdadero y explosivo desarrollo ecuménico, han cambiado la perspectiva garantizadora y protectora de la persona. El tema de los Derechos Humanos, ya sean de primera, segunda ó tercera generación, (a pesar de las violaciones a los mismos que se registran en el orbe y de que da cuanta la prensa internacional) está presente como asunto preocupante, tanto para los países desarrollados como subdesarrollados. Más aún,



cuando se producen los movimientos internacionales, que luego se concretan en Declaraciones, Pactos ó Convenciones, dichas expresiones adoptadas por los Estados, que las ratifican y reconocen constitucionalmente, pasan a tener una singular importancia y significación en su Derecho Interno y su Política Interior.-

El derecho a la identidad es un Derecho Humano de Primera Generación (Derechos Civiles y Políticos). Está ubicado en el mismo rango que los derechos a la vida, a la integridad personal, libertad individual, circulación, de prensa, intimidad, conciencia, propiedad, etc., “...*el reclamo de estos derechos ante sus violaciones, corresponde al individuo mismo, es el derecho subjetivo, el derecho que cada uno tiene de reclamar ante el Estado por su violación o amenaza cierta...*” (Figueroa, 1.996, p. 141).-

Como un Derecho Humano más, el derecho a la identidad, es el que quizás tenga una mayor e intrínseca relación con el derecho a la vida.-

En todo juicio de filiación, el objetivo esencial es la averiguación de la verdad biológica, que debe tener su correlato con la verdad jurídica. Están en juego, el interés individual y privado de las partes, y el interés social que pretende que se determine el emplazamiento familiar verdadero. Por ello, es una cuestión que involucra el orden público, cuya trascendencia tiene como punto de partida, el derecho y el deber de los padres a ejercer su responsabilidad como transmisores de vida, es decir la responsabilidad procreacional.-

Ahora bien, ¿qué implica la responsabilidad procreacional? La procreación, como acto humano resultante de otros actos humanos, compromete la responsabilidad individual de los progenitores, pero también la responsabilidad colectiva de la sociedad; esta responsabilidad ingresa en el ámbito de la moral, de la ética de la vida, donde los criterios axiológicos juegan, en la búsqueda del destino de la humanidad. En ella, el hombre se busca a sí mismo, reafirmando su dignidad para gozar de ella en plenitud. El respeto a la dignidad del hombre como un principio inviolable e universal, es proclamado en todo el orbe, en cuanta expresión cultural, jurídica, sociológica, política, económica, etc., se genera en la civilización actual.-

Dado que en la identidad de una persona está involucrada nada menos que su verdad de vida, su verdad personal, la clave para definir la dignidad humana con todo lo que ella implica, está justamente en la naturaleza del ser humano, que



trascendiendo su materialidad, es un ser con alma espiritual, con sentimiento y racionalidad.-

De allí que la dignidad humana o personal, sea considerado como un valor consustancial al ser humano, el cual por ende, no es creado sino simplemente reconocido por el derecho y la constitución.-

No puede “vivir con dignidad”, quien no sabe “quién es” en este mundo, quién no conoce sus raíces, quién sufre el cercenamiento de un derecho fundamental, cuál es el de conocer su identidad.-

La toma de conciencia, la revalorización del valor dignidad humana, se evidencia en el orden jurídico trasnacional, que como ya apuntamos antes, con la internacionalización de los derechos humanos, es en los Tratados Internacionales donde alcanza su mayor garantismo y reaseguramiento.-

Los Tratados Internacionales, que cómo ya dijimos, a partir de la reforma constitucional de 1.994, integran nuestro derecho, contienen normas que contemplando el valor dignidad humana, se refieren específicamente al derecho fundamental en estudio, como así también a la protección familiar y los derechos del niño, que para el goce pleno de sus derechos deber tener emplazada su filiación y su estado de familia. La convención sobre los Derechos del Niño establece en su Art. N° 7 que: *“1- El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2-Los Estados partes velarán por las aplicaciones de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”*; el Art. N° 8 consagra en su primer apartado, su derecho a que se le preserve su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; en el apartado segundo prescribe que *“cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*; en fin en todo su articulado, en lo que respecta a las relaciones entre el niño y sus padres, es evidente la prioridad que se le da el interés superior del niño (art. 3.1): *“debe tener emplazada su filiación y su estado de*



familia, y si no hubiere un reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial, el niño debe tener acceso a la justicia y hacer uso de todos los medios probatorios pertinentes”. La República Argentina ratifica esta Convención y en el art. 2º de la Ley 23.849 formula una reserva y declaraciones atinentes a otros aspectos garantizados al niño.-

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, encontramos disposiciones en los arts. 17 ap. 5, 18 y 19. Asimismo en el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

En la llamada Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia, la Asamblea General en sesión plenaria del 18 de noviembre de 1.983, considerando la importancia de la Institución Familiar, como marco indispensable para el desarrollo físico, afectivo y social del individuo y como fundamento de toda sociedad ordenada; sensible a los cambios de la dinámica social y de acuerdo a lo prescrito en los Tratados Internacionales y lo recomendado por Comisiones, Conferencias, La OEA y Instituto Interamericano del Niño, se resolvió entre otras disposiciones, en sus arts. 1 y 2 que, toda persona, especialmente todo niño, tiene derecho a una familia y a la estabilidad de la institución familiar, como así también, que los padres tienen derecho a ejercer su responsabilidad, en cuanto a la transmisión de la vida y a la protección de los hijos, insta por otra parte, a que los gobiernos americanos, observen esos derechos a través de medidas adecuadas. Se resaltó la disposición respectiva, por entender que la misma responde al principio de responsabilidad procreacional.-

CAPITULO V

INTIMIDAD



1- Concepto.

El desarrollo tecnológico y el avance de las telecomunicaciones han obligado a los Estados a desarrollar una legislación con el fin de proteger, garantizar y respetar la intimidad de los seres humanos; Ya que hay una parte de la existencia humana que, necesariamente, tiene que mantenerse individual e independiente y que queda, por derecho, fuera de toda competencia social.-

El derecho a la intimidad consiste en una especie de barrera o cerca que defiende la autonomía del individuo humano frente a los demás y, sobre todo, frente a las posibles injerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos y sus agentes.-

Podemos afirmar que la intimidad es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva.-

El término íntimo viene de *intimus*, superlativo latino que significa "lo más interior". La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado.-

Existen algunas definiciones de intimidad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la "*zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia*".-

Miguel A. Ekmekdjian (1.993) lo definió como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos.-

Con otros fundamentos, Humberto Quiroga Lavié (1.991) reflexiona en el concepto de intimidad, y lo define como el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseada. Y continúa expresando que es un derecho



personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.-

DIFERENCIA ENTRE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD

En la legislación en general, íntimo y privado aparecen como sinónimos, si bien como veremos no son términos iguales.-

Germán Bidart Campos (1.992), que diferencia el concepto de intimidad del de privacidad, define la intimidad como la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero, y a la privacidad como la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos.-

Otro autor distingue entre la intimidad y la privacidad, la primera constituye la faceta de la personalidad exenta de conocimiento e injerencias por parte de los demás. Y la segunda es la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, ósea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública y que mantienen este carácter por más que se realicen a luz del día y con amplio conocimiento público.-

Otros por su parte, manifiestan que privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público. Los mismos definen a la intimidad como la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo.-

Lo privado es, entonces, aquello restringido, dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el "derecho a la privacidad", mientras que lo íntimo es lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona.-

Por otro lado, se puede señalar cuatro razones que justifican la distinción entre privacidad e intimidad:



1) Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.-

2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.-

3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.-

4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales.-

Podemos expresar asimismo que lo privado es todo lo que está afuera del ámbito del interés público, de los asuntos del Estado, de lo que involucra al conjunto de la sociedad. Afirmamos que lo privado es el ámbito restringido de lo doméstico y lo familiar, de aquellos asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados masivamente. Manifestamos que es el derecho fundamental de la personalidad, consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público.-

Por su lado, se puede caracterizar al derecho a la privacidad de la siguiente manera:

a) Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.-

b) Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar, como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y



c) Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.-



2- Naturaleza y Características.

La raíz de la existencia del derecho radica en la unidad finalista que caracteriza a la persona humana, en el ser dueña de sí misma (sui iuris), autónoma (libre) y digna ante sí y ante otros (exigente).-

En efecto, la persona humana es una realidad única e irrepetible, un ser concreto e individual que tiene una naturaleza específica, la humana, pero que posee su singularidad como algo absolutamente propio, intransferible e incommunicable.

La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno en tanto no pueda pertenecer a otro, es sui iuris, constitutivamente puede autodeterminarse y autogobernarse. Este señorío se refleja primordialmente en el hecho de tener cosas suyas y en el de tener al iniciativa y el gobierno de sus actos. La relación de dominio surge porque lo suyo tiene un contenido metafísico. De aquí se desprenden los títulos naturales que son aquellos que se asignan algo a alguien sin que medie acuerdo de voluntades, esto es, las cosas que se tienen como propias en relación a la naturaleza humana. Este dominio radical se manifiesta en el dominio que la persona tiene sobre sí misma, su vida, sus actos, su integridad física, su intimidad, su honor.-

El Derecho debe reconocer al hombre su condición de persona, lo cual implica desde el reconocimiento del derecho a su integridad corporal (legítima defensa), a su subsistencia física y a su integridad moral (derecho al honor), a la afirmación de una zona de libertad y de las exigencias de dignidad que convienen en cada situación a su condición de persona. El derecho a buscar la verdad, a pensar y a expresar lo pensado, a creer religiosamente y obrar de acuerdo con esa creencia, a proceder en la vida conforme a las propias ideas; todo esto son manifestaciones de derechos fundamentales que guardan relación con el “derecho de la intimidad”.-

Es un derecho fundamental, individual, natural, inviolable que debe desarrollarse en una esfera de acción propia, independiente o autónoma. Asimismo es indisponible, irrenunciable; inexpropiable e inembargable, es imprescriptible, ya que al ser un derecho inherente a la persona al prescribir y extinguirse el derecho habría que considerar que la persona misma, a la que van unidos, se extinguiría también. Cabe resaltar, que si se ultrajaría la imagen o la voz de una persona se estaría



atentando contra el derecho que tiene un individuo a que se respete su ámbito privado o su intimidad. La imagen y la voz son considerados como "propiedad" del individuo y el debe autorizar su reproducción. La imagen y la voz podrán ser utilizados solo con la debida autorización el titular.-

Según los historiadores del derecho, existe un consenso en que el derecho a la privacidad tiene su origen en el “Right to Privacy”, artículo escrito en 1890 por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la Harvard Law Review. Dicho texto contiene las bases doctrinales a partir de las cuales ha evolucionado el derecho a la vida privada.

FACTORES QUE ATENTAN A LA INTIMIDAD

El profesor Humberto Quiroga Lavié (1.991) coincide con Karl Jaspers en que en este tiempo contemporáneo la intimidad se ve afectada por dos factores:

- a) por la masificación de la cultura: que invade la privacidad y afecta el desarrollo sostenido del hombre como individualidad,
- b) por la tecnología: computadoras, bancos de datos, sensores remotos

Estos hechos han llevado al Estado a controlar y vigilar el uso de los instrumentos informáticos. El derecho del público a un información verdadera con la garantía de los poderes públicos, no solo han de poner los medios para que la sociedad pueda informarse por si misma, sino defenderla de todo monopolio de la información, de todo falseamiento de la verdad y de toda presión sobre la opinión pública. Solo con estas garantías y con el respeto de los profesionales de la información a un código moral basado en el respeto a la verdad y a la intimidad de las personas, exigiendo el continuo servicio de estos a las necesidades de la sociedad; la información podrá desarrollar el papel que le corresponde de poner a las hombres en una situación progresivamente más perfecta de conocimiento mutuo y de fraternidad universal.-

Así el Papa Pío XII el 12 de marzo de 1.953, habla de la misión y la obligación del periodista como informador y orientador de la opinión pública, expresando que los progresos de la técnica han reducido al mínimo la distancia entre el hecho y su publicación, y en este mínimo de tiempo debéis transmitir una información fiel, que



presente claramente y en una forma expresiva todos los elementos esenciales. La cualidad principal del periodista sigue siendo siempre un amor incorruptible a la verdad. Sin embargo, cuántas tentaciones tratan de apartaros de ella. ¡Qué difícil puede ser resistir y respetar los límites que la veracidad prohíbe en absoluto franquear! Sin olvidar tampoco que la "conspiración del silencio" puede también ofender gravemente la verdad y la justicia. Vosotros sabéis por vuestra propia experiencia de cada día cuan difícil es muchas veces asegurar la pura verdad, en el campo de la opinión pública, aunque sólo sea una parte de la consideración que gozan, frecuentemente, la mentira y las verdades a medias, cuando éstas admiran y seducen. ¿No ha expresado Juan de la Fontaine una observación semejante en aquellos versos tan conocidos: El hombre es de hielo para las verdades; de fuego, para las mentiras?-

La intimidad, la vida privada de los ciudadanos, se impone ante el avance de los medios masivos de comunicación. Pero cuando está involucrada la vida privada y la intimidad de los funcionarios públicos o de las figuras públicas debe adoptarse una perspectiva diferente, ya que al tener una mayor exposición pública gozan de un derecho a la intimidad más atenuado que el resto de la sociedad. Esto no significa invadir la intimidad, sino conocer las actividades personales que repercutan en el ejercicio de su cargo.

LIMITES

Algunos de los factores que limitan el derecho a la intimidad:

- a. Protección de la seguridad nacional;
- b. Protección del orden público, salud y moralidad públicas;
- c. Protección de los derechos y libertades de los demás individuos

Los gobiernos preocupados por la protección del derecho del individuo a la vida privada se enfrentan con dificultades para mantener el equilibrio racional entre el derecho que lo dejen a uno tranquilo, y el deber del gobierno de proteger a los ciudadanos de toda clase de secuestros, ladrones, chantajista, asesinos, pirómanos, terroristas. El derecho a la vida privada, si se le interpreta en términos absolutos, podría hacer imposible el procesamiento criminal o proteger "la vida privada" de las



conspiraciones criminales. La vida privada es todavía más vulnerable a la invasión estatal y privada debido a los fantásticos avances logrados en las técnicas de espionaje, como, por ejemplo, conexiones telefónicas secretas, micrófonos miniaturizados, lentes telescópicas, cámaras de infrarrojos, aparatos que notan las vibraciones de los cristales de las ventanas para oír conversaciones privadas, circuitos cerrados de televisión y computadoras.-

Algunas Constituciones contienen expresamente el derecho a la vida privada, mientras que otras lo contienen de una manera implícita mediante leyes que prohíben lo que constituiría una invasión ilegal de la vida privada. Sin embargo, todas ellas muestran su preocupación por la vida privada al incluir expresiones como "excepto", "salvo en caso de", "con la debida autorización" y otras. La utilización de medios electrónicos de escucha es legal si va acompañada de una autorización judicial.-

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que en este país se están cometiendo crímenes de atrocidad incalificable, expresando que no pueden permitir el prescindir de cualquiera de los métodos como para detectarlos y corregirlos, a no ser que lo prohíba la Constitución o lo desaconseje la actuación legislativa; y una de esas dos cosas creo que ocurra en el caso de las claves secretas.-

En el 2.001 en Estados Unidos se Norteamérica se crea el Patriot Act, la cual ha limitado seriamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, con el objeto de fomentar las medidas antiterroristas. Esta acta, a pesar de que vulnera diversas y numerosas disposiciones sobre privacidad, le da al FBI y a la CIA más derechos para escuchar conversaciones telefónicas, observar correo electrónico, investigar archivos médicos, financieros y estudiantiles, y entrar en hogares y oficinas sin notificar a los dueños, lo que realmente atenta contra el derecho a la intimidad.-



3- Incorporación en el Derecho Argentino.

El hombre como titular de derechos debe defenderse de las injerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos, sus agentes y de los ataques a la intimidad causados por otros individuos.-

Tan relevante es la preservación de este derecho que ha sido consignado en el artículo 12 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU) del 10 de Diciembre de 1.948. De la misma manera se lo menciona en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica 1.984.-

Si bien nuestra Constitución no menciona expresamente al derecho a la intimidad, en diversas disposiciones de ella se contemplan aspectos parciales de aquel, de cual se infiere que los redactores de la constitución nacional lo tuvieron presente así por Ej.: el art. 18 de la CN de las garantías prevé algunas de sus aplicaciones más frecuentes; La inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados delegando en el congreso establecer “en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.-

El derecho a la intimidad también es mencionado en la primera parte del art. 19 de la CN, que se refiere a “*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública ni afecten los derecho de terceros*”. De acuerdo a este artículo el límite a la intimidad estaría dado por el orden o la moral pública y el perjuicio a un tercero.-

El art. 1.071 bis del Código Civil, incorporado por la ley 21.173, protege la intimidad de las personas que fueren mortificadas en sus costumbres o sentimientos, difundiendo su retrato o su correspondencia, o perturbando de cualquier modo su intimidad, en caso del que el hecho no fuere delito de derecho penal, obligando al infractor a cesar en su actividad, a indemnizar e incluso a publicar la sentencia, si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación.-

Podemos afirmar que la persona humana tiene en razón de su ser y de su esencia cosas suyas que reflejan la intimidad, singularidad e irrepetibilidad de su ser personal. Estos derechos naturales, son cosas suyas adquiridas en razón de su



naturaleza humana y deben ser respetadas por todos los demás. Cualquier lesión de su derecho es una lesión u ofensa a su propia realidad personal.-

El Estado debe garantizar el derecho a la vida privada, el derecho a que “lo dejen a uno tranquilo”. El derecho del individuo a impedir la intromisión no autorizada de los funcionarios públicos o de otros individuos en su propia casa, en su correspondencia o en sus pensamientos, su derecho a proteger el hogar, sus comunicaciones, incluso su tiempo libre, es un elemento esencial de la libertad personal.-

Los periodistas al tener acceso a la información deben estar guiados por principios éticos que tengan el fin de informar con veracidad, buscando el bien común. Los ciudadanos tienen el derecho a la información pero existen términos que deben ser respetados como lo es la vida privada tanto personal como familiar.-

El Estado violará el derecho a la intimidad en casos específicos en los cuales los individuos involucrados atenten contra la seguridad del mismo y el bien común. Tal es el caso del terrorismo que afecta a la sociedad global.-

Podemos afirmar como conclusión, teniendo en cuenta la normativa referida al derecho a intimidad y su relación con la dignidad humana, que obligar a una persona a someterse a una prueba biológica para determinar el vínculo filial que tiene con otra persona, sería en principio atentatorio del derecho a la intimidad por que se la estaría obligando a dejar el señorío que tiene sobre su propio cuerpo aunque no lo desee, el ser humano tiene derecho por el solo hecho de ser humano de disponer de su propio cuerpo (art. 33 CN) , además tiene derecho a su integridad física, por lo cual la prueba biológica de ADN tomada coactivamente atentaría aunque sea mínimamente contra la integridad física de la persona, que no quiere someterse a ella. Por lo tanto consideramos que resultaría fundamental (a fin de no vulnerar su derecho a la intimidad) obtener el consentimiento de la persona para someterla a este tipo de prueba biológica.-

Si bien entendemos que en nuestro sistema jurídico no existen derechos absolutos, y que cuando están en pugna dos derechos -por un lado el derecho al intimidad de la persona que se niega someterse a la prueba biológica de ADN y por el



otro el derecho a la identidad de la persona que esta reclamando a través de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial su vinculo filial, en si su identidad debemos inclinarnos hacia uno u otro derecho; Consideramos que el análisis del tema debe ser más profundo, por lo que remitimos a lo expresado en la conclusión de la presente tesis.-

CAPITULO VI
DERECHO A LA IDENTIDAD CONTRA DERECHO A LA INTIMIDAD EN
EL CONFLICTO FILIATORIO.



Prioridad de Derechos

En todo juicio de filiación se produce un enfrentamiento ó conflicto entre dos derechos jurídicamente valiosos: Por una parte, el derecho de quien pretende un emplazamiento filiatorio (derecho a indagar; conocer su estado de familia) y por la otra los derechos del demandado –presunto progenitor- (Derecho a la intimidad, a la integridad física, según acota Bidart Campos (1.992)- derecho a la negativa de someterse a las Pruebas Biológicas, como extensión del derecho constitucional de no declarar contra sí mismo).-

Dentro de los derechos civiles, que gozan de jerarquía constitucional, están los derechos de la personalidad (ej. intimidad ó privacidad –resguardo de la integridad física; no auto incriminarse, derecho a la propia identidad) que se encuentran implícitos en el art. 19 de la Constitución Nacional y consagrados en La Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención de los Derechos del Niño y otros más, que como sabemos son ley positiva argentina.-

Estamos por ende, frente a dos derechos de aparente igual rango jerárquico, presentándose el problema, de a cuál de ellos se le dará prioridad, en el caso particular, cuando el presunto padre se niegue sin fundamento alguno a someterse a la realización de las pruebas genéticas, que permitirán establecer la existencia ó no del nexo biológico.-

Consideramos que varios son los aspectos a tener en cuenta, para dar una respuesta que dé fundamento a nuestro criterio.-

En primer lugar, hay que tener en cuenta, si ambos derechos tienen carácter absoluto ó relativo; en segundo lugar si el padre alegado, al negarse a suministrar el material probatorio (ó como dice la ley “la negativa a someterse a los exámenes...””) está ejerciendo su derecho en forma abusiva; y en tercer lugar, desde un punto de vista procesal, la conducta asumida por el requerido en la causa, de acuerdo a los principios de colaboración y carga probatoria dinámica, que informan el nuevo proceso.-

1- Analizando el primer aspecto, tenemos que los derechos de la personalidad no son absolutos sino relativos, en tanto sus límites están dados por el orden moral y el orden jurídico, que actúan el derecho individual en relación con los derechos de los



otros hombres, en función del bien común y el interés general. Así un derecho personalísimo cede cuando hay imperativos superiores; en este caso, el derecho del niño a conocer su identidad biológica y ser emplazado en el estado de familia que le corresponde.-

Varios autores se han referido al derecho a la intimidad como un derecho a silenciar la verdad como instrumento de la personalización; Afirmando que todo hombre conoce ciertas verdades referentes a sí mismo, cuya divulgación le perjudicarían en la sociedad en la que le toca vivir. Posee por supuesto, en principio, el derecho a ocultarlas. Otro tanto, ocurre con verdades, cuya publicidad concierne a familiares y otros seres queridos idóneas para dañarlos; Por lo demás, el hombre vive en un determinado círculo social y no debe ocultar verdades que se refieren a este grupo de personas.-

Este derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional y receptado en el Código Civil –arts. 1.071 y 1.071 bis-, a nuestro criterio no puede ser ejercitado ilimitadamente, puesto que no existen en nuestro sistema jurídico, derechos absolutos. Se debe recordar que el art. 14 de la C. N. que dice que los derechos se ejercen, “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio” y por otra parte del art. 19 surge que la inofensividad que allí se señala no abarca todas las situaciones posibles a partir de una conducta humana, pues la fórmula constitucional la exige solo respecto de terceros, es decir, donde existe interés de otra u otras personas, ya directamente o de manera mediata (a través de la lesión de derechos sociales de terceros o del orden ó moral pública).-

Cuando hablamos de la inofensividad requerida por la norma constitucional, señalamos la no existencia de lesión hacia intereses jurídicamente protegidos de terceros (individuales y/o sociales). Se ha dicho que *“No se vulnera el derecho a la intimidad, cuando se imponen limitaciones, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación”*²⁵.-

²⁵ Tribunal Constitucional de España- Sala 1º- (1.994). ED Tº 157/255, nota del Dr. Germán Bidart Campos.-



En este entendimiento, y en los juicios de filiación cuando por el actor ó de oficio se propicia la realización de pruebas biológicas, prácticamente de rigor, y se produce la oposición por parte del demandado a la misma. Invoca para justificar su negativa, su derecho constitucional a “no declarar contra sí mismo”, o que le son afectados otros derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, ó la integridad corporal. Es sobre este punto, donde se produce la mayor actividad encontrada, tanto en la interpretación doctrinaria como jurisprudencia, no solo de la garantía constitucional en sí, sino también en cuanto a principios procesales, de gran valor, como el de colaboración para la producción de una prueba concluyente.-

El Tribunal Español, sostuvo en el fallo referido que: “*el derecho a la integridad física no se infringe, cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso*”. Conforme a nuestro art. 253 del C.C., las pruebas biológicas, están previstas expresamente (también en el art. 4º de la Ley 23.511) pudiendo realizarse a petición de parte ú ordenadas de oficio por el Juez.-

2- El otro aspecto señalado, el uso abusivo de su derecho personalísimo por parte del demandado, se materializa cuando al negarse a que se le extraigan unas gotas de sangre –molestia ínfima, indolora y no traumática-, está demostrando que su interés es mezquino, evasivo de responsabilidad procreacional; que significa una intromisión mínima, en relación al derecho de la contraparte, pues está en juego nada menos que su identidad y su derecho a tener una filiación cierta.-

3- Por fin, es necesario tener en cuenta los principios que informan el moderno derecho procesal –el deber de solidaridad y de colaboración de las partes en el proceso-, informados asimismo, por los de buena fe y lealtad. Estos principios, adquieren singular importancia en los juicios de filiación atento a que es el requerido, quien está en condiciones de suministrar la prueba concluyente, al ser “*el portador del elemento probatorio*”.- (Clariá Olmedo, 1.984, p. 250)

La posición procesal de “encontrarse en mejores condiciones de probar”, es tenida en cuenta por la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, y cuando se produce la renuencia del requerido, a realizar la prueba, se está colocando en una posición no colaboradora, que tendrá su consecuencia. Se volverá sobre este tema específicamente en el capítulo siguiente.-

CAPITULO VII
POTESTAD JURISDICCIONAL- NEGATIVA A SUMINISTRAR
ELEMENTO PROBATORIO. “PRESUNCIÓN” EN CONTRA Ó
COMPULSIÓN FISICA



Potestad Jurisdiccional

La función judicial, que en épocas pasadas estuvo inspirada de la concepción liberal, como una actividad eminentemente técnica –para resolver conflictos- se ha transformado (aunque aún hoy hay resabios y resistencia al cambio) en un Servicio Público esencial, exponente del modelo y la nueva tendencia propia del Estado contemporáneo.-

La preservación de la paz social y esencialmente del valor de la Justicia, exige la necesaria actuación ó compromiso de quienes, como operadores jurídicos y como partes del Sistema prestador del Servicio Público de Justicia, han asumido.-

Ya nos hemos referido, en capítulos anteriores, a la necesidad de que el Juez, adquiera mayor relevancia ya que es quien “dice el derecho”; la figura de un Juez que mire la realidad y tenga los instrumentos legales que le permitan velar por la prestación de una efectiva tutela jurisdiccional.-

Así que nos encontremos, ante un proceso judicial, se advierte una posición eminentemente legalista, signada por el principio “dura lex, sed lex”. En esta posición, el Juez adopta una posición conservadora, se encadena a la ley, es decir, que los conflictos o disputas, serán resueltos por él en un marco de constrictión o limitación marcado por la ley. En esta línea, la actividad jurisdiccional, se desenvuelve en un proceso predominante dispositivo; la labor del Juez, se reduce a una verificación de hechos y de pruebas, al impulso de partes, con decisiones que traducen “verdades formales”, sin tener en cuenta la trascendencia que las mismas tengan en la sociedad en cuyo seno se dan. El servicio de justicia, es individual, dirigido a las partes en conflicto, dándose en este sistema una actividad autolimitada y retardataria del desarrollo social.-

Una vez evaluada la jurisprudencia y doctrina sobre el tema que nos ocupa, consideramos que es esta posición la que cuenta con una mayoritaria adhesión. Esto es así –y la doctrina judicial lo demuestra- en tanto y en cuanto, han sostenido y sostienen que la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción en contra de quien asume esa posición en el proceso. De esta manera, atento la entidad de certeza concluyente (que emana por ej. de la “tipificación del ADN”), tal presunción se fortalecería y no sería dable para los jueces adoptar otro criterio para resolver, por



cuanto la compulsión física para la obtención del elemento de prueba, que permitiría obtener la “verdad biológica” no sería viable a la luz de los derechos personales-constitucionales del renuente (art. 18 y 19 C.N. – art. 4º Ley 23.511).-

Si asumimos que en el Estado moderno la Justicia es un Servicio Público, y que los jueces actúan como transformadores o generadores de cambio en las estructuras sociales, los mismos asumirán un rol más activo y protagónico en la actividad jurisdiccional.-

La jurisdicción –“de jus dicere”- potestad de declarar o aplicar el derecho a los casos particulares, reside en órganos del Estado. Esa cualidad potestativa, transmite la idea de “imperio”, de poder coactivo que corresponde al Estado de derecho, dentro del cual todos los individuos viven sujetos a un orden jurídico. Al Estado, a través del órgano jurisdiccional, le interesa resolver los litigios conforme a la justicia que emana del derecho formulado, el cual tiene que “vivir”, no quedarse en “letra muerta” y el Juez no quedar aherrojado –encorsetado en un marco legal ineficaz-. Las normas para que sean útiles y eficaces, deben trascender de la letra a órdenes de cumplimiento efectivo y coactivo (en su caso) para que la persona adecue su conducta al orden jurídico que la contiene. De esta manera, el derecho se realiza y su consecuencia es, la paz jurídica.-

Trataremos de analizar, en los puntos siguientes, las consecuencias que se derivan de la conducta de quien ha sido demandado en un juicio de filiación, y se niega a someterse a los exámenes biológicos, que permitirán descubrir la verdad biológica y por ende, determinar la filiación cierta –la identidad- del reclamante.-

Para ello, y en un marco dado por la normativa vigente, la doctrina y la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos en los que estuvo en juego la identidad –verdad biológica- de los menores, trataremos de justificar nuestro pensamiento en la materia, objeto del presente trabajo.-



a- Indicio en contra del renuente (art. 4º Ley 23.511):

Vamos a recordar el enunciado normativo (art. 4º de la Ley 23.511 –BNDG), objeto de análisis: *“Cunado fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el Juez, teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesario, constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente...”*.-

Algunas consideraciones, sobre esta disposición, se efectuaron ya –punto 3, Capitulo III al que me remito- y agrego como otro punto a tener en cuenta, que establece la constitución del “indicio” contrario al renuente, deducido de su negativa. En la legislación y jurisprudencia, se ve a menudo que se hace referencia a presunción e indicio como expresiones que se asimilan la una a la otra y que constituyen los medios para hacer funcionar la prueba artificial, la que establece por medio de las consecuencias, que sucesivamente se deducen de los hechos (Mittermaier, 1.979).-

Sin embargo, hay acuerdo mayoritario entre los autores, que indicios y presunciones son cosas totalmente distintas, aunque están necesariamente vinculadas. Por una parte, se da el nombre de indicio a “ese hecho conocido y probado, a ese hecho que está presente ante el Juez”; mientras que la presunción es “una operación deductiva, por la cual se concluye que existe o no otro hecho” (Rubianes, 1.997, p. 395). Es decir que el Juez trata de descubrir un hecho desconocido, partiendo de un hecho conocido, realizando un razonamiento lógico. El hecho conocido (desde el cual se parte en el procedimiento lógico) es el indicio, en el caso de la negativa; el razonamiento lógico que lleva a concluir que tal o cual hecho desconocido existe o no, (la paternidad reclamada), es la presunción. De cualquier manera, está relacionada en los casos filiatorias –con la valoración que atribuya cada Juez- al examen y análisis que refiere la norma, respecto de la negativa en que incurra el requerido, como así también, si se trata de la única prueba en el proceso ó si se complementa con otras constancias probatorias colectadas en autos. Y respecto de la convergencia de los indicios, la Cámara Penal de Santa Fe dijo que *“...no basta decir que los indicios llevan únicamente a una determinada conclusión. Es necesario además afirmar que no es posible que el desarrollo de los acontecimientos haya sido diferente. En suma,*



la condena sobre indicios debe parecer siempre como un peligroso instrumento de Justicia, que miren con temblorosa cautela el Juez, las partes y la Sociedad...”²⁶.-

La última parte del párrafo transcrito produjo posiciones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia, en torno a las consecuencias que se derivan, cuando la persona requerida a suministrar el material biológico (para efectuar dichas pruebas) se niegue a ello. El interrogante es pues ¿Puede forzarse la extracción de sangre ó de cualquier otro elemento que sirva para rescatar la expresión genética identificatoria?-

Así, puede hablarse de una posición mayoritaria existente aún hoy, podríamos llamar negatoria y una minoritaria, que propicia la compulsión física, que llamamos positiva. Ambas posiciones, se sustentan en distinto enfoque en cuanto hace a la prioridad protectora de derechos personalísimos.-

El sector doctrinario y jurisprudencial mayoritario esgrime la protección de los derechos garantizados constitucionalmente –arts. 18 y 19 C.N. de la “auto incriminación en materia penal y a la intimidad, libertad personal y resguardo de la integridad física del individuo” mientras que el minoritario, propiciando la obligatoriedad de obtención de las muestras probatorias, “da preeminencia al interés social en el respeto al derecho a la identidad que puede verse afectado tanto en materia civil (emplazamiento filiatoria –estado civil cierto) como penal (identificación y penalización de delincuentes y determinación de identidad biológica de personas en casos de supresión y suposición de estado civil –verdad biológica)”, derecho que goza también de reconocimiento constitucional.-

La posibilidad de la compulsividad en la extracción de sangre para el examen genético, (negada en el juicio civil) tuvo una evolución radical en su recepción por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En un primer momento, con el caso Müller, rechazó por inconstitucional, la extracción compulsiva de sangre a un menor supuesto hijo de desaparecidos, ante la negativa de los padres adoptivos a hacerlo; se resolvió la no realización del examen genético por voto de la mayoría. La minoría (Dres. Fayt y Petracchi) sostuvieron el derecho a la identidad, como un derecho que opera en otro nivel y que trasciende lo concerniente al estado de familia. En su comentario, el Dr. Bidart Campos advirtió que la decisión judicial no obstaba a que el menor en un

²⁶ CPen. de Santa Fe- Sala 3º (6/10/1.980) –Zeus, Rep. 4, pág. 524.



futuro, cuando pudiere decidir por sí mismo y fuere capaz, podría averiguar voluntariamente su identidad de origen si lo deseaba; con tal resultado, no se resolvió una cuestión tan trascendente como lo es la determinación de la verdad biológica, identidad del menor. Sin embargo, en un fallo del Alto Tribunal, del 4/12/1.995 – Causa N° 197/90, y otros mas recientes, revirtió la jurisprudencia que había establecido en 1.990, al decir que es constitucional obligar a una persona a sacarse sangre para efectuar examen genético que pruebe relaciones de parentesco, al encontrarse en juego la identidad del menor y si bien la ley civil no establece la obligatoriedad del examen, si lo es para los casos penales. Dada la importancia de este punto, se volverá sobre el mismo al tratar específicamente, la compulsión física en el proceso civil y en el proceso penal (punto siguiente). Como se ve, se está priorizando el derecho del menor, teniéndose en cuenta que según Oteiza (1.991), tanto la filiación como la adopción, aseguran un estado determinado. Este estado es la base y la esencia de la relación familia, y que la fuerza e inalterabilidad de ese estado está dada por la ocurrencia auténtica de los hechos sobre los que se constituyen ambos.-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, se expresa en contra del uso de la compulsividad, resolviendo que ante la negativa, deriva una presunción en contra del renuente, pero que necesita de otras pruebas para formar convicción (Moisset de Estanes, 1.993, p. 972)

La Corte Suprema de Santa Fe sentó que: *“El derecho a la identidad, es un derecho de fundamento constitucional no enumerado, cuya satisfacción no lesiona otros derechos de igual fundamento, siempre que no se coaccione para obtener la necesaria participación del requerido a presentarse a la pericia. Es justo y razonable entonces, deducir una presunción en contra del renuente”*²⁷. Conforme con lo expresado por la Corte Nacional, en materia de interpretación del Art. 4° de la Ley 23.511, la Corte Santafesina, reconoce explícitamente la facultad del requerido a negarse a la práctica de la pericia genética y en consecuencia establece también la imposibilidad jurídica de proceder compulsivamente para hacerlo –ello sin perjuicio de que la negativa del renuente constituya un indicio en su contra. Es interesante destacar la lectura de este fallo, del cual se puede extraer, sin embargo, interesantes

²⁷ C.S. de Santa Fe, “A.M. C/ I. C. Y.”, L.L.- T. 1.992 – D. con comentario de la Dra. María Josefa Méndez Costa y en Zeus, Tomo 59, R. 48/R. 49 (1.991).-



argumentos que favorecen y robustecen la posición minoritaria, que sin embargo, no sirvieron para derribar la resolución final. Y eso que, el derecho procedimental santafecino cuenta con una herramienta eficaz y adecuada, para haber logrado a su través, el objetivo de la Ley de fondo –concordancia entre el nexos biológico y el jurídico- con la determinación de la real verdad biológica del menor; su identidad, cuestión de orden público. Nos referimos al art. 196 del C.P.C.C. de Santa Fe, que admite la compulsión física para la realización de la pericia “cuando se trate de asuntos que afecten el orden público.-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en Acuerdo N° 51.593 del 17 de Octubre de 1.995) admitió la aplicación de la presunción emanada de la negativa, y sentó que si bien la negativa a someterse a la prueba biológica, por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitando cuando, como en la especie, se agregan otros elementos probatorios que, unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión jurídica.-

La 2° Cámara de Apelaciones en lo Civil de Mendoza expresó 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...*”.-²⁸

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de Mendoza entendió que “...En los juicios de filiación la negativa a someterse a las pruebas biológicas configura una fuerte presunción en contra del opositor y supone un ejercicio antisocial del derecho y un fraude a la ley; es reveladora de un afán obstruccionista y de falta de

²⁸ Cámara 2° en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, autos N° 33.593 “S.B. c/ Sucesión M.V. p/ Filiación”, del 29/09/2.008, LS120-058.-



solidaridad y colaboración con la justicia...”.²⁹

Teniendo en cuenta el criterio de los Altos Tribunales referidos, vemos que, extraer una presunción en contra del renuente a la medida probatoria, es el recurso que permite concluir el pleito con una “verdad formal”, a nuestro juicio insuficiente. Se trata de equilibrar los derechos en colisión –intimidad e identidad- conforme al art. 4º de la Ley 23.511, para que no se produzca una quiebra de la paz social y familiar. Ella se afectaría, si se ordenara la coacción física para la producción probatoria.-

Esta posición, lleva a decir a la prestigiosa jurista Dra. Méndez Costa (1.991, p. 49) en el comentario al fallo de la Corte Santafesina referida, que *“Hay sacrificios que conforman la contraprestación de ventajas exigidas por el bien común...”* y al referirse a “la protección integral de la familia” invocando el art. 14 de la Constitución Nacional, dice que *“el derecho a la identidad encerraría su autodestrucción si los vínculos familiares, nunca quedarán terminantemente definidos y fueran siempre, y por cualquiera, pasibles de controversia”*. En otra parte de su comentario, dice que *“La trascendencia de la limitación del derecho a la identidad por la improcedencia de la coacción, reviste excepcional importancia para el régimen vigente de filiación e incluso para la organización de la familia. De aceptarse como principio absoluto, demolería todo un sistema que el legislador de 1.985/87 no elaboró al azar...”*. Es decir, que relativiza el derecho a la identidad, el derecho a la filiación cierta que tiene un niño a ser emplazado familiarmente de acuerdo a su realidad biológica –C.N./ Convención de los Derechos del Niño, etc...-

Antes de pasar a considerar el tema de la compulsión física, a la luz de la nueva jurisprudencia sentada por nuestro más Alto Tribunal, es adecuado hacer una breve referencia a los antecedentes fácticos y legislativos de la ley 23.511 de Creación del Banco de Datos Genéticos y algunas inquietudes que nos provoca la redacción del Art. 4º, por la importancia del mismo en el presente trabajo.-

A la fecha en que se sancionó la Ley 23.511, nuestro país atravesaba una singular situación, luego de la experiencia del gobierno militar que le precedió –En

²⁹ S.C.J. de Mendoza, Sala 1º, autos N° 54.411 *“Galan, A. en J: Crespo Laciari, M. c/ Galan, A. p/ Filiación s/ Inconstitucionalidad”*, del 29/08/1.995, LS259-077.-



Proceso- la Ley se promulga en plena vigencia de la CONADEP bajo un gobierno democrático al cual se le reclamaba justicia. De allí que interpretamos, se le concedió al presunto padre (el requerido) la facultad de negarse a que se le practiquen los exámenes biológicos, con la consiguiente imposibilidad de que se proceda compulsivamente.-

Hay un aspecto, en el antecedente legislativo de esta ley, que interesa destacar, el cual surge del Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional, cuando remite a la Cámara de Senadores el Proyecto de Ley de Creación del Banco de Datos Genéticos del 22 de Abril de 1.986, para obtener y almacenar la información genética de familiares de niños desaparecidos ó presuntamente nacidos en cautiverio, para facilitar la localización de éstos cuando fueren hallados. En ese mensaje, amén de destacar la preocupación del gobierno y la sociedad, por la localización e identificación de niños en tales condiciones, se hace una expresa valoración de la idoneidad de las pruebas genéticas a los fines de determinar UNA PATERNIDAD FALSAMENTE ATRIBUIDA y *“al mismo tiempo y con vistas a evitar la negativa de presuntos padres a someterse a las pruebas de histocompatibilidad –únicas posibles para la determinación de la filiación natural- se establece la presunción de falsedad de la paternidad alegada, en caso de tal negativa”*. En el art. 7º del Proyecto de Ley, se decía *“...La negativa de los presuntos padres a someterse a los estudios ordenados al BNDG, creará la presunción de falsedad de la alegada filiación. En cuando a los menores, los análisis serán obligatorios, rigiendo al respecto lo dispuesto por el art. 14 de la Ley 10.903”* (del Patronato de Menores, del 27/09/19, cuyas disposiciones sufrieron reformas con el Dec. Ley 5.286/57 y luego con la Ley 23.264 y 23.737). En ese proyecto de ley del P.E., se refiere a la disposición preventiva por parte de jueces de jurisdicción criminal y correccional (fuero federal), de menores de 18 años – acusados ó víctimas de un delito- si se encuentran material o moralmente abandonados ó en peligro moral y la intervención del Consejo del Menor.-

De la lectura de este antecedente, se colige que la presunción (derivada del indicio proveniente de la negativa) estaba dirigida a dilucidar una filiación establecida, a la cual se la incriminaba como falsa. Es decir, una presunción negativa. Si alguien se niega a someterse al examen, se tendrá por falsa la paternidad que se está atribuyendo.-



Posteriormente el Senado, aprueba el Proyecto con la modificación sustancial, de que da cuenta el actual art. 4º, que se aplicaría a todos los supuestos de las acciones de filiación. Este Proyecto sería sancionado luego, el 13 de Mayo de 1.987, por la Cámara de Diputados, con el texto que luce en la Ley 23.511 (B. O. 10/7/87).-

Como expresara en un párrafo anterior, la redacción del art. 4º de la Ley 23.511, produce alguna inquietud, en cuanto reza: “*La negativa a someterse a los análisis y exámenes necesarios...*”. Se ha resaltado expresamente la expresión “a someterse”, por cuanto la misma estaría connotando una idea de coacción-coerción, con violencia ejercida sobre una persona que se niega a suministrar la prueba material esencial, de la que es portador en su cuerpo. Si se tienen en cuenta los principios procesales que hacen a la carga probatoria dinámica, la colaboración y solidaridad procesal que se espera de quien se encuentra en mejor condición de probar, con una conducta enmarcada por la buena fe y la lealtad procesal, sería mucho más adecuado y eficaz, darle nota de claridad –de cómo se resuelve el tema- en miras a los intereses en juego: el derecho del niño a conocer su identidad, con todo lo que implica y de la sociedad a que la filiación sea cierta y se obtenga el emplazamiento familiar y estado civil correspondientes. Por consiguiente, más que “someterse” a los exámenes, ordenadas que fueran las pruebas biológicas por el Juez, la negativa debería referirse “a suministrar el elemento biológico probatorio, del que es portador”. Ello así, en cuanto la prueba genética del ADN, cuya importancia definitiva ya está consagrada científicamente, puede efectuarse con otros materiales además de sangre, cuya forma de facilitarlos, no implican de ninguna manera un atentado a su integridad física y a su intimidad. En un interesante fallo, la Cámara 1º de San Nicolás (Pcia. de Buenos Aires), se refiere al tema de la dignidad y del peligro corporal cuando dice, “*es que no lo es el pretextar medidas de profilaxis y precaución sanitaria o la mera invocación a la defensa de la propia dignidad..., porque a más de no verse por qué razón sufriría menoscabo la propia dignidad (el buen gusto no impide argumentar sobre las veces que, tratándose de recuperar la salud dañada o impedir una grave afectación de ella, nos sometemos a prácticas médicas ineludibles que remiten a la “dignidad” bien lejos), no es cierto que haya peligro en el simple hecho de extraer sangre, si es del caso que, si lo queremos, la práctica se puede hacer con material descartable aportado por nosotros mismos*”³⁰.-



Es el caso señalar, que este Tribunal de Alzada, en el mismo y ejemplar fallo, analiza el comportamiento omiso del no reconociente (que imposibilita utilizar ese medio como elemento de prueba), y concluye que tal resistencia “*fuerza al entendimiento a presumir que lo que lo provoca, es el propósito de impedir que quede demostrada la paternidad que se niega...*” y “*es que siendo un comportamiento humano habitual el no poner obstáculo a la demostración de la verdad, salvo cuando creemos que por tal camino ha de resultar una consecuencia que estimamos dañina para nosotros... cabe presumir que cuando obramos en contrario a aquella primigenia y original inclinación a lo verdadero, ello se hace para evitar nuestro entendido propio mal, y en concreto que nos ocupa, es evidente que a ha visto como indudable mal propio que se establezca en este juicio subexánime que el representado actor, es hijo suyo*” de allí que, de tal comportamiento, el Tribunal referido infiere una presunción que debe ser tenida por grave y precisa, que determinará en consecuencia el resultado del fallo contra del remiso.-

Las pruebas forzadas de alcoholemia, de inspección corporal, uso de polígrafo, obtención de huellas dactilares, rinoscopias, etc... son formas o procedimientos dirigidos a la obtención de pruebas judiciales; procedimientos coactivos y objetivos en los que la voluntad del sujeto, su interés individual, su consentimiento, no son relevantes. Otro ejemplo de invasión corporal sin consentimiento de la persona, está dado por la Ley Nacional 24.413 modificada por la 24.438, sobre prueba obligatoria de rastreo para la detección precoz de la fenilcetonuria, el hipotiroidismo congénito y la fibrosis quística ó mucoviscidosis en niños recién nacidos. Dichas pruebas son obligatorias y el decreto 1.316 del 9/8/1.994 reglamenta esa ley estableciendo el momento en que debe hacerse la prueba de extracción de sangre del bebé y quiénes son los responsables si la misma no se efectúa (art. 2), tanto como el personal médico como así también los padres, tutores y guardadores.-

De esta manera, si se ordena producir la prueba, por orden Judicial, bajo apercibimiento de sufrir sanciones de diversa índole (dispuestas a los fines de forzar su voluntad), con cumplimiento efectivo y hasta tanto se suministre el material probatorio, no parece útil recurrir a una presunción, que tendrá por efecto componer o

³⁰ Cám. 1º de San Nicolás, Bs. As. (1.995), Revista de Jurisprudencia Provincial- Dic. 1.995- Año 5- N° 12- p. 1.075.-



terminar con el conflicto, pero que en definitiva, no es hábil para establecer la verdad jurídica objetiva. Si los renuentes, fuesen, el presunto progenitor ó lo fuere la madre del niño sin filiación cierta, cabría en forma directa, establecer sobre sus cabezas, la obligación, el deber jurídico de dar el material probatorio; en el caso de fallecimiento de los presuntos progenitores, ya fuere madre o padre, la pericia se efectuaría sobre los restos cadavéricos; si ello fuere posible en tanto y en cuanto se pudiere rescatar el ADN, y se pudiere reconstruir el mapa genético de aquellos e identificar las coincidencias biológicas que establezcan el nexo buscado. Si la determinación directa fuere imposible, y hubiere de recurrirse a los terceros demandados, unidos por parentesco directo con el fallecido (abuelos, hermanos, tíos, etc...) y requeridos los mismos a suministrar una muestra corporal para la pericia, su negativa a hacerlo, daría lugar a que opere la prueba presuncional en contra de su posición.-



b- Compulsión física en el proceso civil y en el proceso penal

Tal como reza el título, analizaremos en este acápite la conducta negativa del no reconociente, que invoca derechos personalísimos impeditores de una compulsión física; todo ello en el contexto de las posiciones, tomadas por nuestro más Alto Tribunal, según se trate de una acción encaminada en un proceso civil ó en un proceso penal.-

Se ha dicho que no hay derechos absolutos que correspondan al individuo en su simple calidad de tal y para ser ejecutados a su talante, sino prerrogativas sociales que debe utilizar conforme al espíritu de la institución. En efecto, y siguiendo a grandes juristas, no podemos dejar de reflexionar, que el derecho del hombre nunca puede ser absoluto y manifestarse sin una idea de limitación; porque existe el orden público, el contra derecho del estado, el interés de la sociedad por encima del interés individual; *“se conciben esos derechos, como preexistentes a la sociedad ó como reconocidos por ella, el uno y otro caso, hay que admitir la noción de las contraprestaciones, que son indispensables para la igualdad de todos los sujetos del grupo”* (Mercader, 1.951, p. 130).-

Y como y dijimos en el Cap. Anterior (VI- Derecho a la Identidad contra Derecho a la Intimidad en el conflicto filiatorio) es una cuestión de prioridad de derechos, a la hora de dar una respuesta jurisdiccional, planteado que fuera un conflicto filiatorio.-

Así, no se debe olvidar que el principio de solidaridad social, correlacionando los derechos individuales en juego, privilegia los intereses del menor, los derechos del niño a conocer su identidad –su verdad biológica- y que se logre su emplazamiento familiar; es decir lo que quiere la ley: que haya coincidencia entre vínculo biológico y vínculo jurídico.-

Así lo han receptado calificados jueces de nuestra Corte Nacional en el año 1.990 en la causa N° 43.205, con votos en disidencia. El Dr. Fayt, manifiesta que lo que la ley privilegia es el interés del menor. *“Este interés, entonces, por el que velan la sociedad y la ley, es el norte que debe guiar lo que decida en relación a ellos”* y mas adelante formula como principio rector que: *“nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad”*.-



En el mismo fallo el Dr. Petracchi, asume también que entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad (Derechos personalísimos implícitos- Art. 33 de la C.N.), debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen y dice: *“Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –ha aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa, en las etapas de la vida, en las cuales la personalidad se consolida y estructura”*³¹. Consideramos, que conocer la verdad, es una inquietud esencial de la persona y por ello, sostenemos que deben ser allanados y removidos por la Justicia, todo tipo de obstáculos en el esclarecimiento de la verdad personal, autobiográfica de cada persona, porque la misma dignidad está en juego, en tanto y en cuanto nadie puede ser auténticamente libre de elegir y proyectar su vida, si no cuenta con un cabal conocimiento de “su propia verdad”. A nuestro entender, nadie como el Dr. Amílcar Mercader (1.951, p. 130/136) ha expresado hace ya más de medio siglo, con una claridad visionaria su punto de vista, que compartimos plenamente y que en un pasaje de su trabajo, ha dicho que:

Es cierto que, en un primer momento, repugna la idea de la violencia ejercida sobre el hombre, pero nos parece que la acción reflexiva demora poco, tan pronto se vea como la fuerza es un medio necesario para la paz jurídica. Claro está que no aludimos a la coacción genérica e indiferenciada, porque desde su punto de vista físico es indudable que son iguales la violencia de que se usa el agente del orden público para cumplir una orden lícita, de la que utiliza el delincuente para consumar una acción antijurídica. Nos referimos a la fuerza distinguida por la razón de su causalidad legítima y no vemos que ella pueda perder el grado de su licitud en el caso de ser empleada para servir los fines del Estado, que en último análisis son los del individuo mismo, porque el Estado no es más que el instrumento, de que se vale el hombre para adecuar los fenómenos de su vida de relación.-

A final de siglo, a pesar del movimiento tendiente a facilitar el acceso a la

³¹ C.S.J.N., Causa N° 43.205 – E.D.- 141- 263 (1.990);



justicia, una Justicia imbuida de principios humanitarios y solidaria, entre la inconducta procesal que supone la negativa del requerido, se sigue recurriendo a extraer de la misma, una presunción de que es cierto lo que ha firmado la contraparte; se logra así un emplazamiento filiar, basado en aquél acto abusivo del derecho en el proceso; es decir, se declara que tal persona es hija de cual otra, en base a una prueba éticamente deficiente.- (Grosman y Ariana, 1.992)

Se ha dicho también que la negativa es una NO prueba. Es un hecho tendiente a impedir la concreción de una prueba, y que la negativa a proporcionar los elementos posibilitantes de la prueba pericial, constituye un indicio capaz de generar una presunción juris tantum, por lo que se puede expresar que debemos excluir la compulsividad para la obtención de las muestras de sangre. El esquema comparativo que brinda la observación del derecho constitucional al propio cuerpo frente al derecho –también de rango constitucional- al conocimiento del propio origen, posibilita la inclinación del fiel a favor de este último, en tanto genera la presunción asentada en el indicio creado por la negativa injustificada, pero en modo ninguno a la extracción compulsiva de las muestras”.- (Cechini, 1.992)

Ante la invocación de los Arts. 18 y 19 de la C.N., como sustento del debido respeto a la intimidad e integridad física de quien es requerida a brindar material probatorio para la pericia genética, ha sido y es una constante, considerar la negativa como un elemento de convicción, adversa a quien se niega. La doctrina judicial, abundante sobre el tema, así lo entiende, lo que es por todos conocido y me ahorra el citar ejemplos al respecto.-

De esta manera el tema de la compulsión física, de acuerdo a la conciencia jurídica imperante, es un tabú, algo que despierta rechazo, aún reconociéndose la importancia y la finalidad del acto pericial. Se preguntan tanto los jueces como los juristas, ¿cómo producir tal prueba en forma compulsiva, sin herir la dignidad de la persona que tiene el deber jurídico de proporcionar material probatorio, y sin que se conculquen derechos constitucionales?-

Pensamos que el principio de colaboración, asume su real valor, cuando el Juez ha ordenado la realización de la pericia respectiva y la misma es incumplida por el requerido; cabría por ende, a nuestro juicio, que el Juez, en uso de su potestad



jurisdiccional, ordene coactivamente la realización de la prueba negada, con los apercibimientos de trámite ante la desobediencia a un mandato judicial.-

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, ha dicho que este medio probatorio que nos ocupa no podría ser utilizado compulsivamente, sin ofender a la persona humana, ha de insistirse que las partes en el proceso tienen el deber de cooperar, colaborar en la obtención de la verdad, asimismo expresan que no hay contradicción, pues en concluir que el peritaje o puede hacerse en forma compulsiva si la parte se niega a la extracción de sangre –fundado esto, como ya se vio, en el respeto a la dignidad humana- y por otro lado aceptar que dicha negativa injustificada juega en contra de la posición del renuente³².-

No debe olvidarse, que el elemento probatorio si se trata de sangre, se logra a través de una extracción inocua, indolora y que no afecta ni la salud ni la integridad de la persona, y que a dicha prueba pueden llevarse otros elementos, como ya se refirió, como por ejemplo raíz de pelo (bulbo), semen, orina, etc...-

Pensamos que la Jurisdicción pierde su imperio cuando, una orden de realización de prueba biológica no es acatada por su destinatario, obligando al Juez a sentenciar en base a una presunción consecuente de su negativa.-

Así lo entiende también el Tribunal Constitucional de España ya tantas veces citado, cuando dice que: Por ello, los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, no pueden 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.-

Mercader (1.951) sostiene que la potestad del Juez de declarar y aplicar el derecho implica un poder coactivo que resulta lesionado si ante la providencia que ordena la prueba, puede alzarse el particular en condición dominadora y resolutoria.-

En el pronunciamiento de La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Müller se resolvió que “...resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia importa someter a un menor... a una extracción compulsiva de sangre, vale

³² C.S.J. de Santa Fe, “A.M. c/ I.C. Y.”, L.L.- T. 1.992 – D., y en Zeus, Tomo 59, R. 48/R. 49 (1.991).-



decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia, por mínima que sea, sobre su cuerpo, lo que de por sí invade su esfera íntima, restringe su libertad, en cuanto más tiene ella de esencial, esto es, la disponibilidad del propio cuerpo y comporta una agresión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que la doctrina del Tribunal estima susceptible en sí mismo, de tutela... Que con mayor especificidad, el art. 4º de la Ley 23.511... Indica la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a las que alude la ley y, por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con este propósito... ”³³.-

En “S. de G. A. y Ots. – Sustracción de Menores, suposición del estado civil y falsedad ideológica” en la que se investigó la compra de una beba, la Corte Suprema de Justicia revirtió su jurisprudencia al declarar la constitucionalidad de obligar a sacarse sangre, para realizar un examen genético, que pruebe la relación de parentesco. En el caso, el matrimonio involucrado se había negado a realizar la prueba de histocompatibilidad, que serviría para probar si la menor es o no hija biológica de ellos, argumentando que esa medida es inconstitucional, ya que vulnera las cláusulas de incoercibilidad y la privacidad (arts. 18-19 de la C.N.) que constituye una violación de la defensa de las personas y sus derechos no enumerados, como la vida, la salud, la integridad física y libre determinación de las personas (art. 33 de la C.N.); que la extracción de sangre compulsiva afecta sus derechos personalísimos e importa cierto grado de violencia sobre el cuerpo; que invade la esfera íntima y restringe su libertad; que la investigación acerca de la filiación de la menor, extralimita el objeto procesal de la causa; que con los instrumentos públicos incorporados a la causa se acredita el vínculo entre los imputados y la menor; que la decisión (del Tribunal Inferior que se apela) es contraria al art. 4º de la Ley 23.511. Todos estos argumentos fueron rechazados, uno por uno, en forma puntual y concreta. Veamos la respuesta de la Corte:

a) “...*Que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los*

³³ C.S.J.N., “M.J. s/ Denuncia s/ Recurso de Queja por apelación denegada –Caso Müller” L.L. 1.991-b-422.-



límites propios del proceso en que fue dispuesto...”.-

b) Que si bien de los documentos acompañados surge que los requeridos a examinarse son los padres de la niña, “...*el delito investigado pone en cuestión y está inmediatamente ligado a la validez del título, en que se sustentan los documentos que acreditan actualmente la identidad del menor –acta de nacimiento, documento nacional de identidad, etc... (arts. 253 del Código Civil, 178, 207, 597, 609 y c.c. del Código de Procedimientos en Materia Penal)...*”.-

c) “...*Que no se advierte en el sub-line, lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la C.N.)... desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona, con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos –como el de los autos- en que la evidencia es de índole material (doctrina Fallos 255:18 y sus citas)...*”. Se ha remarcado expresamente, y por nuestra cuenta, la parte del fallo que hace referencia a la índole material de la evidencia, de la prueba esencial contenida en la sangre, de quien se niega a proporcionar una muestra de ella. La evidencia material de “la huella digital del ADN” ó “fingerprints” es tan material como las huellas dactilares y como ellas únicas e irrepetibles (salvo gemelos univitelinos). Así, al referirse a los procedimientos objetivos de prueba, el Dr. Clariá Olmedo (1.984, p. 250) reflexionaba “...*las pruebas que han de realizarse con obtención de materia corporal, son procedimientos objetivos, en los que la persona que lo suministra, es un simple portador del elemento probatorio*”.-

d) “...*Que tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima, en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*”.-

e) “...*Que también debe rechazarse el agravio referente el derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda*



vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquél, sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (art. 19 de la C.N., a contrario sensu)...” y en el mismo punto agrega “...por no constituir una practica humillante o degradante, la intromisión el cuerpo que la medicina dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (art. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado en el interés público que reclama la determinación de la verdad en juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia...”.-

f) “...Que en cuanto a la posibilidad de fundar la negativa a la extracción, sobre la base de lo dispuesto en el art. 4º de la ley 23.511, tal argumento resulta tardío...” y agrega en el mismo punto “...que la sola referencia a ese precepto no es fundamento suficiente para descartar la prueba ordenada...” norma que para la Corte estaría destinada a regir los procesos de filiación y no tendría aplicación en el ámbito penal, dada la diversidad causal, objetiva y final de ambos procedimientos.-

g) “...Que en autos se encuentra también en juego el derecho a la identidad de la menor D.D.H. que tiene jerarquía constitucional (art. 33 y 75 inc. 22 y 23 de la Ley Fundamental)...”.-

h) “...Que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849, ha establecido el alcance de ese derecho...” y transcribe partes pertinentes de los arts. 7º, 8º y 9º, resaltando que “...por no acarrear la medida dispuesta violación alguna a las garantías constitucionales... admitir la negativa a su cumplimiento, importaría tanto como desconocer lo estipulado en la citada convención, especialmente en su art. 8º; circunstancia esta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos”.

Hemos transcrito los puntos esenciales del fallo en análisis y resaltando a su vez los párrafos que fundamentan la confirmación, por el Alto Tribunal, de la medida de prueba ordenada –extracción de sangre- revirtiéndose así, la jurisprudencia anterior, sentada en 1.990.-³⁴



Los puntuales argumentos del fallo de nuestro más Alto Tribunal que se reitera en los mismos términos, en fallo del 27/12/1.996 – ED. 172- p. 175, justificantes de la obligatoriedad a suministrar sangre por parte de quien tiene el deber jurídico de hacerlo, en un proceso criminal, nos lleva a pensar si no estaríamos frente a una realidad dicromática, atento a que en un proceso filiatorio –de neto corte civil- aquella obligatoriedad no está ni prevista por la ley, ni aceptada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.-

Cabe preguntarnos, ¿es que el derecho a la identidad constitucionalmente jerarquizado, la normativa y principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (considerado 13° del fallo), adquieren en un proceso penal, un color diferente?

¿El derecho de un niño a conocer su verdad biológica –en definitiva su identidad- es visto por la Justicia, despojada de su venda, con dos ópticas, según la causa por la cual su verdadera identidad le fue negada?

¿El no admitir la negativa a cumplir con la medida, para no incurrir en el desconocimiento de lo estipulado por dicha Convención (Art. 8°) que podría ocasionar la responsabilidad del Estado que no cumple con su compromiso internacional, dentro de un proceso criminal, acarrea consecuencias diferentes, si dicha negativa se da en un proceso civil? Es decir, vemos por una parte, la impunidad con que injustificadamente, el no reconociente, obstaculiza la investigación y logro de la verdad; está librado a su arbitrio, la real constitución del estado familiar de una persona; por otra parte, e interpretando lo establecido por la Corte , al decir que el proceso civil y el penal, tienen causa, objeto y finalidad diferentes, no se incurriría en dicho desconocimiento ni tampoco se produciría la presunta responsabilidad del Estado, si se admite sin más la negativa del renuente a colaborar (Art. 4° de la Ley 23.511). Pensamos que:

1) “respetar el derecho del niño a preservar su identidad; que cuando fuere privado ilegítimamente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, el Estado tiene el deber de presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a

³⁴ C.S.J.N., causa N° 197-1/90 “S. de G.A. y ots. p/ Sustracción de Menores, suposición del estado civil y falsedad ideológica- L.L. 1.991-b-422



restablecer rápidamente su identidad” tal como reza el Art. 8º de la convención de los Derechos del Niño, debe darse tanto en el marco de un proceso civil como penal, en tanto esté en juego el mismo.-

2) El interés público debe ser siempre tutelado, ya sea a través de un procedimiento civil como penal, no adquiriendo éste, por ello, mayor relevancia, como dice la Corte. La determinación de la verdad en el juicio, para lograr los más altos valores – La verdad y la justicia- no es patrimonio exclusivo y excluyente de la “Justicia Penal” en detrimento de la “Justicia Civil”. La justicia, valor único y supremo, exige para su logro una congruente labor jurisdiccional, justa y equitativa, con sujeción de la ley, ya fuere ésta sustantiva ó ritual, y en su expresión formal en el fuero elegido.-

3) La Verdad Jurídica objetiva es el valor que se persigue en todo proceso, independientemente de la índole del procedimiento que se ha implementado para su logro. En una acción filiatoria, el Juez tiene la facultad de ordenar las pruebas biológicas; por ende, no satisface la idea que ante la negativa del particular, el conflicto se resuelva determinándose una verdad formal o judicial, en base a una presunción derivada de un indicio legal. La verdad real, en este tema tan particular, reside en la prueba material, que obligatoriamente debe proporcionar el obligado, si es que renuncia a hacerlo, en forma solidaria y voluntaria, cuando es requerido.-

4) Si el Juez ordena la realización de pruebas biológicas, las mismas deben ser obligatorias, tanto en el seno de un proceso criminal como en uno civil, atento la finalidad de dichas pruebas. Para ello se impone, la necesidad de otorgar a las mismas, la calidad de obligatorias; debiendo el requerido conocer, que debe cooperar en el proceso y que si no lo hace voluntariamente, será compelido a ello por orden judicial, con sanciones accesorias.-

En definitiva, la potestad jurisdiccional debe ser revalorizada, y si ordena la realización de pruebas biológicas, el Juez Civil debe contar con el instrumento que le permita proceder coactivamente, para obtener el material corporal ó prueba concluyente que se le niega a la Justicia.-

La toma de conciencia, por parte de los requeridos a cooperar, de que la actitud renuente no le es útil como táctica dispuesta para su defensa, llevaría al



resultado esperado de su colaboración; y el logro, en orden a la existencia de una normativa adecuada y eficaz, aseguraría la anhelada paz social.-

Nos parece oportuno, recordar el pensamiento de Carnelutti (1.956), cuando refiriéndose a las investiduras del legislador y del Juez, sitúa a éste como la figura central del derecho, afirmando que hay que cuidar mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del Juez, y de no atarle demasiado en corto las mano;. Ya que es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, y solo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.-



c- Posición extrema

Es la que ha asumido un sector sumamente minoritario en la doctrina. Así, conforme enseña Cechini (1.992), el Juez Lorenzo Carnelli en “¿Existe la obligación de someterse al análisis de la sangre ordenado en un juicio?” respondió que: no sólo que dicha obligación no existe, sino que precisamente por ello, no puede extraerse de tal negativa elemento de convicción alguno que resulte adverso a quien se ha negado.-

El Dr. Germán Bidart Campos (1.992), quien reconoció encontrarse en soledad, en cuanto a su postura, (a pesar de haber variado su opinión en cuanto al derecho a la identidad, a la que se aludirá más adelante), en su comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España, en una suerte de síntesis de su idea, ha dicho que cuando la Constitución reconoce a toda persona “el derecho a no declarar contra sí mismo” está poniendo una valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, psíquica ó moral de la persona; por ende, si esta se niega a prestar su cuerpo para esa prueba, no puede inferirse en su contra un reconocimiento, ni siquiera una presunción a favor de la contraparte. Consideramos que el Dr. Bidart Campos parte de una postura extrema, por cuanto parte de la norma constitucional (y aún reconociendo la inocuidad de la extracción de sangre), y reflexiona que el prestar el propio cuerpo, requiere inexorablemente el consentimiento que debe ser prestado libre y voluntariamente; es decir asimila tal prueba a una “declaración”.-

Entiende también, que contra la voluntad de una persona no puede ordenarse judicialmente tal prueba y menos aún, que se practique compulsiva ó coactivamente. En su postura, va más allá al decir, que no puede usarse la negatoria, como una suerte de reconocimiento ficto de la filiación, ni como presunción en contra del renuente. En suma, en esa oportunidad, reconoció los derechos del presunto hijo al indagar su filiación y conocer su identidad, pero que lo haga dentro de un marco probatorio que no viole los derechos constitucionales de la contraparte.-

Sin embargo, y teniendo en cuenta las incidencias de la reforma constitucional de 1.994, con la incorporación a nuestro derecho positivo y con jerarquía constitucional, de tratados tales como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño, en el derecho familiar, Bidart Campos (1.992) sostiene que el derecho a la identidad personal, reconocido por aquéllos, determina que ninguna norma jurídica puede obstaculizar que la persona sea tenida por hijo legal



de quien es hijo biológico, en un marco de “...reciprocidad entre la realidad biológica y las normas”. Dice también que “...las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Dan vuelta la cara y miran para otro lado...”. Esta opinión, expresada como siempre con una impecable y sólida lógica jurídica, fue en oportunidad de comentar un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el que se resolvió que el presunto padre biológico (extramatrimonial), no está legitimado activamente para impugnar la filiación matrimonial de su (también presunto) hijo, ni para emplazarla de acuerdo a su pretensión e invocada realidad biológica (Bidart Campos, 1.992, p. 881).-

Afirma asimismo Bidart Campos, que la Suprema Corte (con disidencia del Dr. Negri que comparte) hizo una interpretación de las normas del Código Civil y de la Ley 24.264, en una forma reñida con la Constitución y con la Convención de los Derechos del Niño, ya que no es acertado suponer que: “...el código civil es el techo último de nuestro orden jurídico y que cuestiones como la filiación, y la legitimación para impugnarla o emplazarla, dependen discrecionalmente de lo que la ley establece. Pero por encima del código civil y de la ley están los tratados internacionales...”. Dice también que, al negarse la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se la reconozca, lo es por una estrechez procesal, aunque la misma no figure en la ley adjetiva, sino en la Ley de fondo, el Código civil –art. 259-; y que se oculta una **realidad biológica**, (a la que no se la comprende en ninguna norma jurídica) que “...compromete al estado civil de las personas, al derecho a la propia identidad, a la verdadera filiación y al acceso a la justicia...”. Hay una exigencia constitucional que impide limitar la legitimación activa en las acciones de filiación tendientes a hacer coincidir la verdad legal con la verdad biológica.-

Por su parte, Belluscio (1.995) no comparte esta opinión. Analiza las consecuencias derivadas de la reforma constitucional, en el Derecho de Familia (Ej. en relación al derecho a la identidad, en función a la filiación de sangre, la adoptiva y la procreación médicamente asistida).-

Si bien, acepta la debida coincidencia entre la verdad legal y biológica, en materia de legitimación para accionar en materia de filiación, los límites impuestos



por la legislación deben mantenerse en una vigencia efectiva, privilegiando el mantenimiento de la paz social ó de la paz familiar por encima de la protección de la realidad biológica. Con igual criterio, se había expedido la Dra. Josefa Méndez Costa (1.992), como ya lo refiriéramos antes, la misma señala que la trascendencia de la limitación del derecho a la identidad por la procedencia de coacción, reviste excepcional importancia para el régimen vigente de filiación e incluso de la organización de la familia; Asimismo expresa que el encaje legal de la filiación no solo ha obedecido al imperativo del vínculo biológico. Afirma que existe una incuestionable tensión entre el imperativo de atender a la relación genética, único origen natural de todos los hijos y la necesidad de un ordenamiento jurídico de la vida de pareja y su descendencia que asegure a todos los miembros del grupo las condiciones mas aptas para su desenvolvimiento”.

Es decir, también otorga preeminencia a la paz social o protección integral de la familia (art. 14 de la C.N.) por sobre el derecho a conocer la realidad de un nexo biológico y que este coincida con el legalmente establecido.-

D'Antonio (1.995), contrariamente a los autores citados, entiende que la protección de la realidad biológica, es el fundamento esencial interpretativo y el estándar jurídico aplicable en toda cuestión referida a la filiación, e incluso ha sostenido la inaplicabilidad del tradicional concepto de “la cosa Juzgada” respecto de las sentencias de las que no resulta emplazamiento, desplazamiento o modificación de estado de familia alguno, entre las que se encuentran, las que desestiman la reclamación de estado filial.-

Delineada que ha sido la postura doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto al respeto al derecho a la identidad y la necesidad de que se logre la coincidencia del vínculo, sin embargo, sigue sin tener sustento en nuestro derecho positivo la posibilidad de que los jueces, puedan emplazar la **verdadera filiación**. Se mantienen límites: en el punto a la obligatoriedad de aportar material para pruebas genéticas y la compulsión física en caso de negativa (salvo en el proceso penal, según fallo de la Corte Nacional analizado); lo relativo a las legitimaciones procesales activas en materia filiatoria y cuestiones anexas a la dilucidación de realidades biológicas, como por ejemplo, lo dispuesto en el art. 241 del Código Civil.-

CAPITULO VIII

CARGA PROBATORIA EN UNA PRAXIS JUDICIAL FUNCIONAL



El presente Capítulo, al cual se le han incorporado algunas modificaciones y ampliaciones, constituyó una ponencia “*Reformulación de la Teoría de la Carga de la Prueba*” presentada en las “*Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal*” - Córdoba- Agosto de 1.994- y publicado en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe – Nº 28, pág. 49.-

1- Introducción

Como ya dijimos, la función judicial se concibe hoy en día como un servicio público esencial, donde la actividad jurisdiccional, en la consecución de la funcionalidad que permita una solución equitativa, razonable y en derecho; que en definitiva materialice en hechos, lo que el sistema “ha prometido”, necesita de la elaboración de nuevos principios procesales (Peyrano, 1.991). Nuevos principios procesales que informen y hagan plena la realización de la eficacia del proceso – la praxis funcional del proceso-, donde adquiere plena relevancia, la figura del Juez, que debe mirar la realidad y velar por la prestación de una efectiva tutela jurisdiccional.-

El proceso civil, tradicionalmente dispositivo se ha redefinido ó adquirido un nuevo perfil –el inquisitivo-. En él la prueba judicial adopta un carácter publicístico. Ello es así porque el Juez o Tribunal en el orden probatorio, ve reforzadas sus potestades de investigación (al igual que el Juez Penal), con el objetivo de que se acceda a la “verdad jurídica objetiva”. Un ejemplo novedoso que encontramos en nuestro país está dado por el Procedimiento y la actividad probatoria, implantado en la Provincia de Córdoba en el Fuero de Familia. En 1.988, se promulgaron en Córdoba las leyes 7.675 y 7.676, de Organización del Fuero de Familia y su Procedimiento, creándose en 1.990 los Tribunales de Familia que funcionan de acuerdo a las causas, el sistema de juicio oral de instancia única con impulso procesal de oficio y en el que se ha procurado la efectiva vigencia de los principios procesales de inmediación, concentración y celeridad. Ello tiende a que el derecho de familia, esencialmente privado, actúe en un marco cuyos fines, vinculados a instituciones de orden público, mantengan la orientación, de que se satisfagan los intereses sociales y el principio de solidaridad. El sistema cordobés presenta un modelo que evidencia un neto perfil prevalentemente inquisitivo; éste se pone de manifiesto, en los poderes de impulso, especiales, que la ley le atribuye a los magistrados, los cuales operan como verdaderos



directos del proceso, ejerciendo amplias facultades de iniciativa probatoria, que van más allá de las que puedan ejercitar las partes en el juicio civil de contenido patrimonial. Existe pues, “un interés familiar público”, cuando se trata de cuestiones que se vinculan con las finalidades biológicas y éticas de la familia; se afectan no solo los intereses individuales, sino también los intereses de la comunidad (Ferreya de De La Rúa y González de la Vega, 1.995).-

En doctrina se habla de que aquello de que el Juez debe resolver “Secundum allegata et probata partium” sólo subsiste en lo que se refiere a “la carga de afirmación” que las partes detentan y que le dan el marco fáctico al conflicto (Devis Echandía, 1.970).-

El Juez, al ejercer la potestad de investigación que antes le correspondía sólo a instancia de parte, ha venido a debilitar, el principio de “disposición de las pruebas”.-

Desde el punto de vista publicístico, el litigante ya no debe actuar en el proceso, solo en beneficio de su propio interés. Su accionar debe articularse con el del resto de los sujetos esenciales del proceso, y en forma conjunta, tratar de que se acceda a la realidad histórica que dio su base al debate o litigio. Según Morello (1.989) la asunción de esta nueva modalidad de la carga probatoria deriva del principio de “la buena fe procesal” y “el deber de cooperación o efectiva colaboración” con el órgano jurisdiccional, en la averiguación de la verdad subyacente en todo litigio.-

De esta manera surge la necesidad de adaptar las reglas clásicas de distribución de la carga probatoria a las nuevas tendencias derivadas de esos principios y a las necesidades que plantea el perfil inquisitivo y publicístico del nuevo proceso civil. Para ello es necesario actualizar los criterios de distribución del esfuerzo, en la tarea de realizar la comprobación judicial de los hechos litigiosos.-



a- La carga probatoria. Reglas de su distribución.-

La relación jurídico-procesal impone a las partes determinadas conductas en el desarrollo del proceso. La inobservancia de esas conductas, le acarreará a la que incurra en ella, consecuencias que pueden serle adversas, a punto tal, que le signifique la pérdida del pleito. De esta manera, y especialmente, cuando el proceso está regido por el principio dispositivo, la actividad de las partes, adquieren relevante importancia, en punto al éxito o fracaso de sus pretensiones o defensas; la iniciativa probatoria pesa sobre ellas y el resultado del proceso depende de la misma.-

En el momento de dictar sentencia, el Juez, puede encontrarse con que la actividad probatoria desarrollada por las partes, le forman convicción sobre la existencia de los hechos controvertidos; pero puede ocurrir, que alguno ó algunos de esos hechos no hayan sido probados o sea insuficiente el mérito de su probanza. Ante esta última situación (falta ó insuficiencia de prueba) y atento a que no puede abstenerse de pronunciarse, es que el Juez, necesita contar con ciertas reglas, que le permitan determinar, cuál de las partes ha de soportar los efectos adversos, que provoca la ausencia de un resultado probatorio cierto, de tal modo que la sentencia resulte desfavorable, para la parte que a pesar de tener a su cargo, el aporte de la prueba respectiva no lo hizo (Palacio, 1.990).-

Así es que la carga de la prueba no se aplica, cuando la carga recolectada es completa y suficiente para formar la convicción del Juzgador sobre los hechos del proceso. De allí, la regla de la carga de la prueba es de naturaleza sustantiva, puesto que viene a reemplazar, en el momento decisorio, a la prueba que faltó o resultó insuficiente (Devis Echandia, 1.970, p. 424 y 445). La carga de la prueba, es indudablemente una medida imprescindible para la certidumbre jurídica en las relaciones sociales y una de las bases esenciales de una buena administración de justicia, al ser, desde otro punto de vista, la guía que orienta el criterio del Juez en la fijación de los hechos que sirven de sustento a su decisión (De Santo, 1.982); en definitiva, sirve para “*sustituir el criterio subjetivo del juez por el objetivo de la regla*“ (Rosemberg, 1.956, p. 55).-

Una corriente procesalista innovadora, propone una reformulación de la teoría general de la carga de la prueba, con postulados que dejan atrás las clásicas concepciones que distribuyen la carga probatoria según el rol que las partes sumen en



el proceso (actor -demandado -excepcionante); debe probar quien afirma y no quien niega; debe probar quien alega un hecho anormal (los normales se presumen); o quien pretende innovar, cambiar una situación jurídica; así, se llegó al criterio de distribución que atiende a la posición en que se encuentra cada parte respecto de la norma jurídica cuyas consecuencias le son favorables en el caso concreto. Esta doctrina, elaborada por Rosenberg y complementada por Micheli (1.961, p. 430) –que entiende que debe probar quien pretende determinado efecto jurídico-, fue receptada por el art. 375 del Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires (Conc. Art. 377 del C.P.C. de la Nación) que establece: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o Tribunal no tenga el deber de conocer”*. *“Cada una de las partes deberá probar, el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”*; como se ve, cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de las normas que le son favorables a los fines de su pretensión, prescindiendo del carácter de actor o demandado que tenga en el proceso.-



b- Las mejores condiciones de probar- la carga probatoria dinámica en un proceso justo.-

Existen en el quehacer judicial, numerosas situaciones de controversia -pleitos-, en los que surge a-priori, de acuerdo a las circunstancias de la causa, que una de las partes se encuentra en mejores condiciones, no solo de proponer, sino de suministrar la prueba.-

Así se fue delineando la regla de las cargas probatorias dinámicas (Peyrano y Chapini, 2.001) denominación que hoy en día suscita una mayor aceptación identificatoria, aunque se la preconiza también como “desplazamiento de la carga de la prueba basado en el principio de solidaridad o de efectiva colaboración” (Morillo, 1.994, p. 55) y cuyo fundamento es que “la carga de acreditar el hecho debe recaer sobre aquél litigante que se encuentre en mejores condiciones de producirla”. Por lo general el demandado basa su defensa en la negación de los hechos invocados por su adversario, con lo que consigue –en función de las normas clásicas de distribución del “onus probandi- quedar liberado de toda carga probatoria, trasladando a la contraparte, no solo el esfuerzo, sino también el riesgo de acreditar todos los extremos fácticos del juicio: En algunos casos y según la actividad procesal desplegada, la parte gravada con el deber de probar puede llegar a acreditar los hechos invocados, pero hay casos en que la plataforma fáctica del conflicto se presenta de tal manera conformada, que para su comprobación judicial no alcanza el esfuerzo individual de uno de los litigantes, sino que se necesita de la tarea conjunta y solidaria de todas las partes en conflicto. Y así, el litigante que según las reglas clásicas está eximido de la carga probatoria de acuerdo a esta nueva orientación procesal, no puede quedarse en una posición defensiva y pasiva. Por lo contrario, debe cooperar y desplegar una actividad que permite probar el encuadre fáctico del pleito. Ejemplo:

En juicios de mala praxis médica. Si bien el actor deberá probar la existencia de la prestación médica, del daño sufrido y el nexo causal, el demandado no puede atrincherarse en una inactividad total, pues sobre él también recae la carga de probar otros extremos fácticos; ej. presentar historia clínica, parte quirúrgico, etc...-

El problema radica, según Sergio Ferrer (1.993, p. 57), en determinar cuándo una de las partes se “halla en mejores condiciones de probar” que su oponente. Hay supuestos, donde parte de la prueba resulta inaccesible al accionante, por lo que éste,



se ve privado de una razonable posibilidad de éxito; el accionado con solo cuestionar y negar lo alegado por aquél, puede frustrar y tornar infructuosa la gestión probatoria de aquél. En este caso se impone la necesidad de “repartir” entre los litigantes la carga probatoria, aplicándose rectamente los principios de igualdad y justicia distributiva (Devis Echandia, 1.970, p. 453) ante la ley y en el proceso. De esta manera, el demandado “se encuentra en mejores condiciones de probar” cuando la acreditación del hecho que se tratare le resulta imposible ó difícil al actor, mientras que a él, el cumplimiento de esa misma carga, le es factible realizarlo sin exigencia extraordinaria alguna, es decir con una “razonable posibilidad”.-

En un juicio de filiación es indiscutible que el demandado se encuentra en “mejor situación” de probar la existencia ó inexistencia del vínculo biológico. (Ej. la pericia debe practicarse sobre el elemento corporal y se niega a suministrarlo).-

Al establecer la ley y la Jurisprudencia el alto valor indiciario de la negativa a hacerlo por parte del demandado, no hay desplazamiento de la carga probatoria, que según Ferrer (1.993, p. 57) continúa en cabeza del demandante, o sea el menor, que reclama su verdadera filiación. Ej. según la Asesora de Menores Mariela Verónica Cano (expresado en una entrevista personal) “...*Resulta difícil la prueba para la madre del menor en aquellos casos en que el padre alegado ha evitado a ultranza dejar rastros de su relación... la negativa del progenitor a someterse a la prueba de sangre importaría por aquél ver derrumbado todo intento de dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 255 del C.C...*”.-

Consecuente con lo expresado en capítulos anteriores, la necesidad de probar, de acreditar el hecho biológico, nos lleva a considerar, que en esta materia, no es posible continuar definiendo una filiación sobre una base indiciaria con un resultado formal que concluye el pleito. Con lo cual decimos que debería reformularse el art. 4º de la Ley 23.511, estableciéndose un sistema de inversión de la carga de la prueba, para aquél/lla a quién se le atribuye la paternidad ó maternidad en forma directa, quedando el régimen indiciario solo para los casos en que la determinación directa sea imposible y deba recurrirse, a los fines de efectuar las pruebas biológicas, a los abuelos y/o parientes cosanguíneos.-

En consecuencia, a fin de alcanzar la “eficacia del proceso”, es preciso dotar a la regla de las cargas probatorias “dinámicas” ó “solidarias” de una formulación



preceptiva que le permita integrarse a las reglas vigentes de distribución de la carga probatoria; que sea interpretada en sus fundamentos intrínsecos –su excepcionalidad- y la necesidad de que las partes estén advertidas, sobre quién de ellas deberá soportar en mayor o menor grado, la actividad probatoria, advertencia que por otra parte, deberá ser realizada en algún momento determinado del proceso; que agilice y realce la actividad instructora de los jueces, que deberían gozar de una mayor amplitud de facultades, ej. para ordenar medidas probatorias resistidas por las partes –descansando la garantía de su merituación en las reglas de la sana crítica y la conducta de las partes en el proceso-. La seguridad jurídica, la armonía social, el interés de la comunidad en que se realicen los fines propios del proceso necesitan de la recepción de esta doctrina. Como dice Morillo (1.994) la reformulación de un nuevo proceso, debe realizarse pensando más en la justicia de los resultados, que en la técnica del proceso.-



c- El Ministerio Público- Su intervención. Art. 255 del C.C.-

El Ministerio Público como órgano estatal, tiene por misión esencial la defensa de los intereses vinculados con el orden público y social (Palacio, 1.990), de allí, y teniendo en cuenta lo previsto en la constitución Nacional (art. 120), que su función está dirigida a promover la actuación del servicio de justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la Sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Son entonces, la satisfacción de los intereses sociales, la defensa del orden público y los derechos personales, sus principales objetivos funcionales.-

El Ministerio Público, estructurado tanto en la Ley Fundamental de la Nación, como en la de cada Provincia, tiene su recepción en sus leyes adjetivas, es decir en sus Códigos de Procedimiento Civil y Comercial y Códigos de Procedimiento Penal, en consonancia con el sistema de administración de justicia adoptado en el país, con atribución de competencia a dos ámbitos territoriales –justicia nacional y provincial-. A su vez las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, establecen específicamente sus funciones y composición. El Ministerio Público –Fiscal ó de Menores (ó Pupilar) e Incapaces, en definitiva, representa a la Sociedad y colabora en la administración de Justicia.-

El art. 59 del Código Civil establece que además de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio Público de Menores, atribuyéndole calidad de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria ó contenciosa, en que los menores sean actores ó demandados, y que se refiera a sus personas ó sus bienes. Asimismo, establece que dicha representación promiscua, su participación, debe tener lugar en todo acto jurídico ó juicio que los involucre, bajo pena de nulidad.-

El cambio sustancial que se ha dado en el derecho de familia ha incidido en que se haya operado un rediseño del proceso o juicio de familia. Ej. Creación del fuera familiar –Tribunales de Familia- Intervención del Ministerio Público de Familia. Por ende, el protagonismo del Ministerio Público, se ha ampliado significativamente.-

La Ley 23.264 reformó sustancialmente el régimen de la Patria Potestad y la filiación previsto en nuestra Ley de Fondo. Así es que en punto al tema que estamos tratando –la intervención del Ministerio Público en juicios de filiación, está prevista específicamente en el art. 255 del Código Civil, norma cuyo alcance es congruente



con el del art. 242 del mismo cuerpo legal, en cuanto tiende a que el vínculo biológico coincida ó tenga su correlato en el vínculo jurídico que del mismo debe surgir.-

El art. 255 del Código Civil, introdujo una novedad: la obligación del Registro Civil de comunicar al Ministerio Público de Menores la inscripción de un hijo como de padre desconocido y la obligación del Ministerio Público de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por su respectivo padre. La gestión debe limitarse a tratativas extrajudiciales, a menos que cuente con la conformidad expresa de la madre, en cuyo caso, el Ministerio Público puede iniciar la acción judicial correspondiente.-

Dispone dicha norma: *“En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuara la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto, podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”*.-

El derecho constitucional que garantiza el irrestricto acceso a la Justicia, la tutela judicial en forma efectiva, se materializa en esta norma, al facilitar la posibilidad de que el hijo, que no ha sido reconocido voluntariamente por el padre que lo ha engendrado, pueda ejercitar aquél derecho, de acceder a la justicia, que se determine su filiación, su verdadera identidad y por ende su emplazamiento familiar. La repercusión de tal logro pone de manifiesto la responsabilidad procreacional que le cabe al padre biológico, responsabilidad que se expresa a través del haz de derechos y deberes que por ley le corresponden, haya nacido el hijo fuera o dentro del matrimonio.-

La norma de análisis, trae algunos aspectos de destacado interés a considerar, como lo son los relativos a la protección de la identidad biológica del hijo (determinada que sea la identidad de su progenitor), la preservación de la intimidad familiar y la intromisión del Estado en los conflictos de familia.-

En capítulos anteriores hemos hecho referencia y priorizado el derecho a la identidad biológica que tiene todo hijo como presupuesto de una filiación cierta, a un emplazamiento familiar que se basa en la plena concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico.-



Ese derecho se encuentra reconocido plenamente cuando se le otorga un padre a ese hijo sin filiación paterna, por lo que cabe concluir consecuentemente, que el interés del padre de mantener oculta a su familia una relación, de la que debe asumir responsablemente sus consecuencias, debe ceder ante la preeminencia de aquél. *“El alcance del derecho a la intimidad no es definido arbitrariamente por la voluntad de los individuos, sino que es la sociedad la que fija qué es aquello que puede permanecer oculto y libre del control social y cuáles son los actos que, por su trascendencia social, sufren restricciones en aras de un interés público. En este sentido, se puede sostener que nadie tiene derecho a informar e inmiscuirse en las relaciones sexuales de una persona. Pero de cuando de esas relaciones nace un niño, el acto íntimo trasciende al ámbito público. El nacido tiene derecho a tener un estado de familia... Esa nueva vida ya no pertenece a quienes lo engendraron. Se pertenece a sí misma y no puede ser ocultada por la voluntad de quienes lo gestaron... la posible interferencia en la vida privada, solo es el ejercicio de un derecho legítimo del hijo a lograr su emplazamiento en el estado, derecho que no sólo es privado sino también público, porque la sociedad en su conjunto está interesada en dicho emplazamiento para preservar la integridad psicofísica del niño...”* (Grosman y Ariana, 1.992, p. 1.193).-

De acuerdo a la normativa en análisis, comunicado que haya sido por el Registro Civil, de la inscripción de un niño sin filiación paterna, nace para el Ministerio Público de Menores una actividad tendiente a procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo del presunto padre.-

Dicha actividad, puede efectuarse en dos tiempos. En una primera de carácter obligatoria, el Ministerio Público de Menores, deberá citar a la madre, acto primero e insoslayable, por que es la persona que le puede suministrar los elementos fácticos que le permitirán desarrollar su actividad, ya que por lo general es la única que conoce la identidad del padre de su hijo. Tanto en la primera etapa, llamada extrajudicial y que procura el reconocimiento por parte del presunto padre, como en la segunda etapa, llamada judicial, tendiente ya a la determinación de paternidad, la participación de la madre es esencial.-

Por ello, es importante destacar el rol que cumple en ambas etapas, la madre del niño no reconocido voluntariamente por su padre. Han sido objeto de



disquisiciones, cuestiones relativas a si es facultativo ú obligatorio para la madre, el comparecer ante el Asesor de Menores (ó sea su libertad para comparecer ó negarse a ello) como así también su libertad, habiendo comparecido, a proporcionar el nombre y demás datos del progenitor de su hijo; otras cuestiones, es si a la citación que curse el Asesor de Menores al presunto padre individualizado, éste está obligado a comparecer, si puede negarse a hacerlo, y en su caso, si puede forzársele a comparecer con auxilio de la fuerza pública. De esta manera, en caso de frustrarse por reserva de la madre, el cumplimiento de la obligación legal conferida al Ministerio Público, dicha reserva deberá ceder indefectiblemente, en algún momento en que el hijo ejerza su derecho a conocer la identidad de su padre. De acuerdo a la intimidad, por sobre el derecho del hijo de conocer su propia identidad, derecho merecedor de una tutela preeminente, al no establecerse la obligatoriedad de la comparecencia de la madre, ni apercibimientos o sanciones para el caso de incomparecencia ó si habiendo comparecido se negare a suministrar el nombre del padre.-

“La ratio legis del art. 255 del Código Civil consiste en la protección de la identidad biológica del menor, buscando asimismo, no vulnerar la intimidad familiar más allá de lo razonable” (Dictamen del Asesor de Menores de Cámara en causa N° 43.998 de la Cámara Nac. Civ. Sala M- Julio 22/1.991, E.D. T° 145- pág. 421).-

Conocida la identidad del presunto padre, y procurado el reconocimiento voluntario del hijo por parte del mismo, puede suceder que esto no se logre. Por lo tanto, fracasada esta primera etapa, en la segunda, la judicial, la acción para la determinación de la paternidad podrá promoverse “si media expresa conformidad de la madre para hacerlo”.-

De acuerdo al Art. 59 del Código Civil, el Ministerio de Menores, además de los representantes necesarios, ejerce la presentación promiscua de los incapaces, y será parte legítima y esencial, en todo juicio, de cualquier naturaleza, en que se controviertan sus derechos o sus bienes. Es decir, que tiene una legitimación activa, que el propio art. 255 del C.C. le atribuye.-

La cuestión a considerar es, si esa representación es promiscua, (complementaria y conjunta con la de los representantes necesarios) ó si es directa cuando el representante necesario es remiso ú omite cumplir con sus funciones parentales, ó cuando no existen representantes necesarios. La representación del



Ministerio tiene lugar, aun cuando se trate de menores bajo patria potestad, y siempre será conjunta, con sus representantes legales.-

Volviendo al punto de la necesaria y expresa conformidad de la madre para entablar la acción, por parte del Asesor de Menores, la promoción de la misma, depende de esa conformidad, en tanto es justamente, el requisito indispensable para que éste goce de la personería o legitimación activa en el proceso. Tan importante es su consentimiento para demandar y tramitar la causa, que, en el caso de que desistiera, el Asesor de Menores no podría continuarla, pues le faltaría el requisito esencial exigido por el Art. 255 último párrafo.-

De este aspecto procesal, surge evidentemente, que nos encontramos frente a una representación muy especial. Por una parte, se puede considerar que se está frente a un caso de representación promiscua por parte del Ministerio Público, ya que la madre interviene en juicio como representante legal de su hijo menor, en ejercicio de la patria potestad –arts. 264 inc. 4º y 274 del C.C.- y por otra parte, se está frente a una situación que pueda considerarse de representación directa, ya que el Asesor de Menores goza de la legitimación activa que le ha conferido el propio art. 255 del mismo Código.-

La norma en análisis, en su último párrafo establece que el Ministerio Público de Menores “...podrá promover...”, la acción de filiación respectiva, dándole a la atribución del funcionario, un carácter de simple facultad, dependiente del consentimiento materno. La opinión doctrinaria mayoritaria es que dicha norma debe ser interpretada con amplitud, y en tanto la madre haya dado su consentimiento para la promoción de la acción filiatoria, el Ministerio Público, se encuentra obligado a entablarla (Bossert y Zannoni, 1.992, p. 145), de manera que pueda determinarse la paternidad alegada. Dicha conformidad es necesaria, solo para la iniciación del proceso filiatorio, pues si la madre desistiere ulteriormente, dicho desistimiento no tendría ningún efecto sobre la prosecución del mismo, pudiendo el Ministerio Público de Menores, continuarlo hasta su culminación (D`Antonio, 1.995, p. 176). De allí que, a fin de evitar interpretaciones diversas ó contradictorias, en cuanto al alcance de las atribuciones del funcionario público según dicho texto legal, es que surge la necesidad de que el mismo sea reformado, sustituyéndose el término “podrá” –que otorga una facultad- por el de “deberá”, que establece una obligación legal. Este deber



se flexibiliza, cuando a criterio del Asesor de Menores, no es conveniente entablar dicha acción, si del ejercicio de la misma pueden surgir mayores perjuicios para el menor (Velazco, 1.987, p. 827).-

Otro aspecto que puede dar origen a disquisiciones doctrinarias, respecto a la actividad desplegada por el Ministerio Público en la etapa extrajudicial, es el relativo a la realización de medidas tendientes a procurar el reconocimiento del hijo, ó la determinación de la paternidad, recabándose los datos que permitan preparar el futuro proceso filiatorio, pues teniendo en cuenta la normativa existente, el presunto padre citado a comparecer ante aquél, no está obligado a hacerlo, (su comparecencia es optativa). El punto es, la posibilidad del Ministerio Público de llevar a cabo las pertinentes diligencias preliminares, en un adecuado y responsable ejercicio de sus funciones (art. 323 inc. 1 del C.P.C.N. En igual sentido el C.P.C. y C. de la Pcia de Buenos Aires).-

Asimismo, otra cuestión que nos preocupa es la situación que se genera, cuando hay oposición de la madre, tanto a proporcionar los datos individualizatorios del padre de su hijo, cuanto a que habiéndolo sindicado no presta su conformidad para la iniciación de la respectiva acción. Si bien el hijo, puede promover la acción filiatoria cuando llegue a la mayoría de edad, el resarcimiento por daño moral que el mismo puede plantear por la falta de oportuno emplazamiento familiar, podría tener como sujeto pasivo de la acción no solo al padre no reconociente, sino también a la madre, que funda su actitud pasiva en intereses personales extraños a los del menor.-

Si se tiene en cuenta que el recién nacido es titular de acciones destinadas a establecer su verdadera filiación materna-paterna, es titular de derechos y como tal trasciende el reservado ámbito de la intimidad materna. Su nacimiento, por su importancia social, es un hecho público y por lo tanto el orden público está comprometido en ese sentido. No puede depender la determinación de su real identidad de la voluntad materna, por lo que consideramos que la concurrencia de la Madre al Ministerio Público es una carga pública.-

De la adecuada instrumentación de la normativa en estudio, dependerá la operatividad de la misma.-



2- La jurisdicción frente a la demanda de respuestas judiciales útiles- El proceso y la verdad jurídica objetiva

Como se adelantó anteriormente, la concepción de un Servicio de Justicia, la aspiración de lograr una tutela jurisdiccional efectiva, basada en una praxis funcional y eficaz del proceso, hace que el Juez, sea quien está llamado, en un protagonismo de singular importancia, a materializar el derecho, a “hacer justicia”, fin primordial del Poder Jurisdiccional.-

La figura de la “verdad jurídico objetiva” está íntimamente ligada con la de “exceso ritual manifiesto”, relacionándose ambas con el principio de “Servicio de la Justicia”. Conforme lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el “leading case”- Colalillo, en el proceso se desarrollan procedimientos “*destinados al establecimiento de la Verdad Jurídica Objetiva, que es su norte*” y que la renuncia consciente a esa verdad “*es incompatible con el servicio de la justicia*” (C.S.J.N.- Fallos- 238/550, del 18/9/1.957).-

Se habla de la tendencia del proceso a la verdad y citando a Carnelutti (1.956), se quiere significar con ello una derivación del interés del Estado en la satisfacción efectiva de los intereses que, de su lado, el derecho tutela (Bertolino, 1.990, p. 50) y que en definitiva se trataría de: “la obtención de la certeza, positiva o negativa, sobre el material fáctico en que las partes han fundado sus respectivas pretensiones y determinar su significación jurídica, en función de la legislación aplicable” (Clariá Olmedo, 1.978, p. 140).-

En el ámbito de un determinado proceso, en el que está comprometido el orden público –acción de filiación- mucho se habla de que la renuencia o negativa del presunto padre a suministrar material para la concreción de las pruebas genéticas, quiebra tanto el deber de cooperación como el principio de la carga dinámica probatoria y que fundamentalmente, impide que se pueda lograr la verdad jurídica objetiva. De esta manera, y ante el caso planteado, el objetivo Justicia, se “satisface” mediante el recurso de recurrir a la aplicación del art. 4º de la Ley 23.511 –primer párrafo in fine-. Cabe preguntarse, ¿se logra ó satisface plenamente, con el objetivo último del proceso?-

A nuestro juicio, no, y se está frente a una incongruencia que no se redime por la solución del conflicto. Varias razones se pueden invocar para sostener este criterio:



a) no se satisface el principio de la primacía de la verdad jurídica objetiva; b) la conducta obstructiva y no colaboradora que evidencia quien desconoce flagrantemente sus cargas y deberes, quedan encapsulados en una suerte de impunidad consagrada por el propio sistema, que se queda; c) la Jurisdicción pierde su imperio, cuando una orden judicial no es acatada por su destinatario y obliga al Juez a sentenciar en base a una presunción; d) el emplazamiento filial representa un derecho que ha sido consagrado constitucionalmente (Convención de los Derechos del Niño- arts. 7/8.1 ratificada por Ley 23.849- Tratados internacionales incorporados a la C.N. con la ref. de 1.994- la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconoce expresamente el derecho a la identidad personal, al postular en su art. 12.2 que toda persona, tiene derecho a “conocer la identidad de origen”), es decir el derecho del hijo, a conocer su origen y a preservar su identidad; a su vez, el Estado –la sociedad- tiene el deber de garantizar el emplazamiento filial, el deber de establecer la verdad del vínculo biológico que debe coincidir con el vínculo jurídico filiatorio y hacer patente la responsabilidad procreacional de los progenitores.-

Consideramos que el derecho de quien pretende lograr su verdadero emplazamiento filiatorio, tiene prioridad absoluta y superior; es de orden público y se ubica por encima de quien resguarda intereses particulares. De allí que otro tema de singular importancia, lo constituye el determinar (cuando ya ha transcurrido la etapa) en que otro momento o estado del proceso, pueden las partes petitionar ú ofrecer la realización de las pruebas biológicas, o el juez ordenarlas.-

Esta inquietud, en miras al objetivo perseguido, ha tenido respuesta en la jurisprudencia nacional (por ejemplo: CNCiv. Sala A -28/02/1.994- L.L.- B- 261 y L.L.- 1.995- A. -378; Fallo del 11 de marzo de 1.997- CNCiv. Sala H- I.N. y O.c/ G.G.E. entre otros). Así es como de oficio, el rendimiento de las pruebas biológicas, ha sido dispuesto como medidas de mejor proveer, no solo en la Primera Instancia, sino también en la Alzada.-

El Ordenamiento de dichas pruebas, fuera de la oportunidad procesal que marca la Ley adjetiva y decretada como medida para mejor proveer, halla su fundamente primordial en el reconocimiento del derecho a la identidad como derecho humano inalienable y por otra parte, en que para el derecho de cada niño de conocer a sus padres (Convención de los Derechos del Niño) sea realmente operativo, se debe



recurrir y arbitrar todos los medios que sean necesarios e idóneos para lograr la verdad jurídica objetiva. Está en los jueces, que así lo determinen, en tanto se abra o amplíe el espectro normativo para un proceso tan especial como es el filiatorio.-

Mientras exista la necesidad de producir una prueba, no es lógico concebir que deba renunciarse a ella, y según enseña el Dr. Amílcar Mercader (1.951), ningún servicio es preferente al de la Justicia que no se concibe sin el averiguamiento de la verdad y de ningún modo se respetarían mejor las prerrogativas del hombre, que cuando se estabilizan y se perfeccionan los instrumentos que exigen la necesidad de dar a cada uno lo suyo.-

Entonces, si axiológicamente se ha definido la posición, es necesario considerar, ante la posibilidad de ordenar coactivamente, la producción de la prueba biológica, sí conviene concederle a los Jueces mayores facultades *“para que puedan desentrañar más fácil y certeramente, dónde está la razón y dónde falta”* (Peyrano 1.992, p. 1.049), es indudable que la respuesta positiva se impone. Ahora bien, receptada y regulada por el derecho la posibilidad de poder ordenar una prueba (art. 253 del C.C.- *“En las acciones de filiación se admitirán todas clases de prueba, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”*), deberá traerse también de poder hacerla cumplir.-

En las acciones de filiación, el interés jurídicamente protegido, es el de la identidad, la cual hace a la esencia íntima del ser humano, siendo el emplazamiento filiar oponible *“erga omnes”*. Estando comprometido el orden público, y en juego la eficacia del proceso, cuyo norte es la verdad, si el Juez tiene la facultad de decretar la prueba biológica, debería contar a la par con la facultad de poder ordenar coactivamente su realización.-

En consecuencia, ordenada que fuera la práctica de la respectiva prueba biológica, tal mandato judicial, debería integrarse con el apercibimiento, de que si no se acata, si no se presta cooperación, la realización de la práctica se efectuará compulsivamente.-

No todos los códigos procesales cuentan con una norma que le sirva de eficaz herramienta al Juez. El C.P.C. de Santa Fe en su art. 196 dice: *“Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el Juez, para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la contraria*



sobre el punto en cuestión; salvo cuando se trate de asuntos que afecten al orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba. Ésta última medida será recurrible”.-

Los Dres. Cecilia Grosman y Carlos Ariana (1.992, p. 1.193) acompañando a las voces que se atreven a sostener la compulsión física para la realización de las pruebas biológicas, priorizan los derechos de niño a su emplazamiento filial, aspecto trascendente que hace a su identidad y que *“el problema del acceso a la justicia, comprende la eficacia de la labor judicial y no es eficaz una justicia, cuando implícitamente tolera la neutralización de las pruebas certeras, destruyendo de ese modo, la protección jurisdiccional”.-*

Tal como ha dejado sentado la Corte Nacional, la obligatoriedad de las pruebas genéticas en un proceso penal, es un hecho, fundándose dicha obligatoriedad en todas las razones que a su vez pueden esgrimirse y de hecho así lo estamos haciendo, en un proceso civil.-

Por último, debe tenerse en cuenta la jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos, reconocida por nuestra Carta Magna y por nuestro más Alto Tribunal en la causa N° A-197-1/90, éste, al referirse a la obligatoriedad de la realización de las pruebas biológicas, sentó que admitir la negativa a su cumplimiento, importaría tanto como desconocer lo estipulado en la citada convención, especialmente en su art. 8, circunstancia esta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.-

Frente a la violación de un derecho humano fundamental, cabe la posibilidad del justiciable, como usurario de la garantía supranacional de la que es titular, de que pueda ocurrir ante los Órganos competentes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos- Corte Interamericana de Derechos Humanos) que pueden conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.-

CAPITULO IX
CONCLUSIONES



Analizados pues, los derechos constitucionales de identidad y de intimidad que entran en juego ante la negativa del supuesto padre a someterse a un estudio de ADN, no podemos sino llegar a concluir que:

-Los Tribunales deben hacer lo posible a fin de que la verdad jurídica (legal) coincida con la verdad biológica (real), ya que la misma es el presupuesto de la personalidad, y con ello se reconoce el derecho a la identidad de que goza todo ser humano.-

-El derecho constitucional que debe prevalecer, entre la identidad del menor y el de intimidad del progenitor ante la negativa del mismo a someterse a los estudios de ADN, es en todos los casos y sin lugar a dudas el derecho a la identidad del menor.-

-Del análisis de las pruebas biológicas, y atento a los grandes avances científicos, se concluye que se debería modificar la legislación vigente, a fin de que los Tribunales puedan ordenar la extracción compulsiva del material probatorio (tal como sucede en materia penal) y que el hijo pueda llegar a la certeza de la verdad biológica (y no solo a la verdad jurídica o legal mediante la valoración de una conducta procesal) mediante el aval judicial a los resultados que la ciencia y la tecnología le otorgan (con casi un 100% de certeza).-

Consideramos que se debería permitir la extracción compulsiva, ya que si no se estaría desconociendo el valor científico de las pruebas biológicas (99,99% de eficacia) y favoreciendo el proceso psicológico desidentificatorio, es decir que la convicción del juez se forma únicamente en base a una actividad judicial que valora una conducta procesal (sin tomar en cuenta el 99,99% de eficacia del ADN), por lo que se concluye que no hace plena justicia, en tanto no se ha llegado a una “verdad jurídica objetiva” (es decir que la persona llegue a conocer “realmente” su verdad biológica).-

-Concluimos que, ante la coacción física para obtener el material probatorio, debe prevalecer SIEMPRE el Derecho del niño a su identidad, por más que con esa coacción se quiebre la paz social o familiar.-

-A la luz de los principios procesales de buena fe, cooperación y solidaridad, que informan el nuevo proceso civil, se deber invertir la carga de la prueba, cuando la acreditación de un determinado hecho, sea excesivamente difícil ó imposible para una de las partes, mientras que para la otra, que se encuentra en mejores condiciones de



probar tenga realmente la posibilidad de hacerlo. Si el Juez tiene la potestad de ordenar las pruebas, debe tener también la posibilidad de hacerlas producir, aún compulsivamente, porque se está ante una cuestión de orden público (art. 253 C.C.). Su realización, es la única forma de llegar a la verdad objetiva, presupuesto necesario para la construcción identificatoria individual y objeto final de todo proceso de filiación.-

-En una democracia constitucional, la dignidad y el valor de la persona humana, ocupan un lugar prioritario y central. El derecho de cada persona a investigar y conocer su origen genético es fundamental e indeclinable, es anterior y superior, jurídica y axiológicamente al de la familia y la sociedad en su conjunto. La Justicia, al igual que la Verdad, es una categoría cuya lógica abarca al hombre en sus múltiples dimensiones y precisamente en el respecto a su dignidad, es donde puede encontrarse la expresión última y más acabada de la Justicia.-

-El ADN puede extraerse de cualquier tejido: sangre, semen, orina, huesos, raíces de pelo (bulbo), etc..., por lo que no resulta invasivo para el progenitor.-

-La prueba del Polimorfismo molecular del ADN resultaría suficiente, a nuestro entender, para fundar la decisión judicial, aunque no haya otra ú otras que la complementen dado a su alto grado de eficacia (mayor al 99,99%); pero asimismo consideramos, atento a la importancia y trascendencia de la materia, que resulta prudente que el Juez evalué la totalidad de las pruebas aportadas a fin de dictar sentencia.-

CAPITULO X
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Listado de bibliografía:

Doctrina:

- Álvarez, G.- Gregorio, C. “Presunción de exclusión ó presunción de paternidad”.
L.L.- 1.992- E- 253;
- Álvarez Sacristán, I. (1.992). *La realidad social en la aplicación de las leyes*.
España: Hacer, p. 234;
- Azpirí, J. (2.001). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Depalma;
- Belluscio, A. C. “Incidencia de la Reforma Constitucional sobre el derecho de familia”. Rev. La Ley del 24/2/1.995;
- Bertoldo de Fourcade, Ferreyra de De la Rúa, Ossala, A. (1.999). La intervención del Ministerio Público Fiscal en las cuestiones de familia. *Seminario Jurídico*, Tº LXI, Nº 3, pág. 49.-
- Bertoldo de Fourcade, M. V. “Investigación de la Paternidad”. Boletín La Ley del 21 de dic. de 1.999;
- Bertolino, P. (1.990). *La Verdad Jurídico Objetiva*- p. 50- Bs. As.: Desalma;
- Bidart Campos, G. “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”. E.D 157-881;
- Bidart Campos, G. “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”. E.D. 157-255;
- Bossert, G.- Zannoni, E. A. (1.992). *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Bs. As.: Astrea;
- Carnelutti, F (1.956). *Arte del derecho, seis meditaciones sobre el derecho*. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América;
- Cechini, F. “Negativa a someterse a las pruebas periciales hematológicas en proceso de verificación de la filiación. Prueba. Presunción. Indicio corroborante”. *Jurisprudencia santafesina*, Nº 1.- 1.992;
- Ciuro Caldani, M. A. (1995) “Las ramas del mundo jurídico en la teoría General del Derecho”. E.D. 150-859..-
- Clariá Olmedo, J. (1.978). *Derecho Procesal*. Tº 2. Bs. As: Depalma.;

- Clariá Olmedo, J (1.984). *Derecho Procesal Penal*. Tº I. Córdoba: Marcos Lerner;
- D`Antonio, D. H. (1.995) “El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor”. E.D. 165- 1.297;
- De Santo, V. (1.982) *El proceso civil*. Bs. As.: Universal. Tº II, pág. 275;
- Devis Echandia, H. (1.970). *La teoría General de la Prueba Judicial*. Bs. As.: Zavalía;
- Di Lella, P. “La filiación, el HLA, los Jueces y los Abogados”. LL, 1.989-D, p. 1.060;
- Ekmekdjian, M. Á. (1.993). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Bs. As: Depalma;
- Fernández Sessarego, C. (1.992). *Derecho a la identidad personal.*, pág. 4, Edit. Astrea.
- Fernández Sessarego, C. “Derecho a la identidad personal”. L.L., Tº 1.990-A-Sec. Doct., pág 1.277;
- Ferrer, S. (1.993). “Delimitación de la regla según la cual las mejores condiciones de probar, invierten la carga probatoria”. *Semanario Jurídico* de 1.993, pág. 57;
- Ferreyra de De la Rúa, A.- Gonzalez De la Vega de Opl, C. (1.995). *Demanda-Contestación- Prueba*. Cordoba:. Advocatus.;
- Figueroa, A. M. (1.996). El estado y Los Derechos Humanos en la Constitución de la Nación Argentina Reformada en 1.994. [*Versión electrónica*] *Revista de la Facultad de Derecho- U.N.R.* (12). Pág. 141;
- Fromm, E. (1.984). *La Revolución de la Esperanza*. Madrid: Fondo de la Cultura Económica;
- Gallegos Pérez, N. (2.006). *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*. Tabasco: Univ. J. Autónoma de Tabasco. p. 65;
- Grosman, C. “Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación”- J.A. 1.989-II / pág. 195-199;

- Grosman, C.- Ariana, C. “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”. JA 1.992-B-1.193;
- Haas, E.- Verruno, L.- Raimondi, E. (1.986). *El sistema HLA*. Ed. Univers.-
- Hernández Sampieri, R. (1.991). *Metodología de Investigación*. Distrito Federal, Mexico: Mc Graw-Hill;
- Irrazabal, A. *Derecho de Familia- Negativa a someterse a pruebas biológicas*” Recuperado de <http://lexforionline.com/doctrina.php?idDoctrina> (disponible en Internet el 21 de octubre de 2.011);
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1.993) “Aspectos Jurídicos del proyecto Genoma Humano”. ED 153-928.-
- Kielmanovich, J. (1.988). “La negativa a someterse a someterse a Pericias Genéticas”. LL 1.988-E, pág. 810;
- Kielmanovich, J. (1.985). “La Conducta Procesal de las Partes en el Proceso Civi”. LL 1985-B, pág. 1.022;
- Kornbligtt, A. (1.993). *2º Curso sobre Pruebas Biológicas*. Oct. 15 y 16 de 1.993-UNR;
- Leonardo, D. “El ADN puede colaborar con la administración de Justicia”. LL 1.990-A-934;
- Lyotard, J. F. (1.990). *La Condición Posmoderna.*, Cátedra Madrid, pág. 9.-
- Mazzinghi, J. A. (1.972). *Derecho de Familia*. Bs. As., 1972, Tº III, 1.981;
- Mercader, A. (1.951) “La jurisdicción y la prueba. Investigaciones del cuerpo humano”. LL, 23/130;
- Micheli, G. A. (1.961). *La carga de la prueba*. Bs. As.: Ejea. tr. S. Sentís Melendo. pág. 430/489;
- Mittermaier, K. (1.979). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Bs. As., pág. 452 y s.s;
- Moisset de Estanes, L. “Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos”. JA, 24-1974-270.

- Voto en auto interlocutorio N° 99, T.S.J., LL Córdoba 1.993, Sec. Jurisprudencia, pág. 972-973;
- Morello, A. (1.991). *La prueba- Modernas tendencias*. La Plata: Platense, págs. 55/64;
 - Morello, A. “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (la cooperación del órgano, sin refugiarse en el solo interés de la parte)”. ED, 132, 1.989, Pág. 953;
 - Morillo (1.994) “Reacomodamiento en la estructura, funcionalidad (eficacia, efectividad), metas del proceso civil”. Revista de J.A. N° 5.905 del 2/11/94;
 - Oteiza, E. “La Doctrina de la Corte Suprema, sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructoras de los Jueces penales”. J.A., 1.991-E-Sec. Doctrina.-
 - Palacio, L. E. (1.990). *Manual de derecho procesal civil*. (4° Ed.). Bs. As.: Abeledo-Perrot;
 - Peyrano, J. “Carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos. El de imposición procesal y el de sujeción procesal”. L.L. 21/10/1.992;
 - Peyrano, J. (1.991). *Procedimiento civil y comercial*. T° 1. Santa Fe: Juris;
 - Peyrano y Chiappini. “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. E.D. - 107- 1.005;
 - Piropo, J. “Introducción a la Bioética: esquema de una preocupación de nuestros días”. Rev. J.A. – Feb 22-1.995- N° 5.921
 - *Praxis Médica*. Elementos de genética Médica., T° 1.989, N° 9.050, p. 115;
 - Quiroga Lavié, H. (1.991) *Derecho a la Intimidad y Objeción de Conciencia*. Bogota: Universidad del Externado de Colombia;
 - Rev. de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe, ponencia “Reformulación de la Teoría de la carga de la Prueba” presentada en las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal. Córdoba- Agosto de 1.994. N° 28, p. 49;
 - Rev. Medica Chile. (2.011), N° 139: p. 542-547;

- Rubianes, C. (1.997). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T° II, Bs. As.: Depalma;
- Saux, E. “Reflecciones sobre la Condición Posmoderna y sus Proyecciones jurídicas”. Rev. JA, 28/6/1.995, N° 5.939;
- Scavone, G. M., (2.006). *Como se escribe una tesis*. Bs. As.: Ed. La Ley 2.002-193;
- Rosemberg, L. (1.956). *La Carga de la Prueba*. Bs. As.: Ed. Jurídica Grupo-América. p. 158;
- Tratado de Medicina Interna. *Principios de Genética Humana*. Cecil, 17 a. de., Vol. 1, pág. 158;
- Tratado de Medicina Interna. *Genética bioquímica*. Cecil, 17 a. de., Vol. 1, pág. 155;
- Vattimo, G. (1.990). *El fin de la Modernidad*, (3° Ed.). Barcelona: Gedisa. Trad. de A. L. Bixio;
- Velazco, J. R. (1.987) “El art. 255 del C. Civil -Ley 23.264-” J.A. 1.987- Y- p. 827;
- Verruno, L.- Haas, E.- Raimondi, E.- Legaspe, E. (1.994). *Manual para la investigación de la Filiación- Actualización Medico Legal*. Bs. As.: Abeledo Perrot, pág. 47;
- Verruno, I.; Haas, E. y Raimondi, E. – “Los Jueces, los Abogados y la Ciencia” / L.L. 1.990-A-794
- Warde, A. M. (2.011). *Cátedra de Derecho de Familia- U.E. Siglo 21*;
- Zannoni, E. (1.998). *Derecho Civil, Derecho de Familia*. (T° 2, 3ra. Ed. actualizada y ampliada). Bs. As.: Astrea.-
- Zannoni, E. (1.989). *Derecho de Familia*. Bs. As.: Astrea;
- Zavala de González, M. “Aborto, persona por nacer y derecho a la vida”. LL. 1.983 -D- 1.126.-

Legislación:

- Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 23/92 del 7/7/1.992;

- Código Civil de la Nación Argentina;
- Código Penal de Nación Argentina;
- Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires;
- Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba;
- Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza;
- Código Procesal Civil de la Provincia de Santa Fe;
- Constitución de la Nación Argentina;
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires;
- Constitución de la Provincia de Córdoba;
- Constitución de la Provincia de Mendoza;
- Constitución de la Provincia de Santa Fe;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 11, 17, 18 y s.s.;
- Convención de los Derechos del Niño, art. 3, 7 inc. 1, 8 inc. 1 y c.c.;
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6, 12 y c.c.;
- Decreto N° 700/89, reglamentario de la Ley 23.511;
- Ley N° 23.264 de Régimen legal de filiación y patria potestad;
- Ley N° 23.511 de Banco Nacional de Datos Genéticos, art. 4 y c.c.;
- Ley 26.061, art. 3, 11, 27, 29 y c.c.;
- Ley N° 26.549 de Modificación del Código Procesal Penal;
- Ley Provincial (Mendoza) N° 6.354
- Ley Provincial (Mendoza) N° 7.130
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16 y c.c.-
- Proyecto de Ley de Creación de Banco de Datos Genéticos (22-04-1.986)

Jurisprudencia:

- Cám. 1° de Familia de Córdoba, “*C.L.S. c/ O.S. p/ Fil.*”, (1.994),

Sentencia N° 305 (28/6/1.992), N° 250 (30/05/1.994).-

- Cám. 1° de San Isidro- Sala 1, (1.994), E.D. 159-181;
- Cám. 1° de San Nicolás, Bs. As. (1.995), Revista de Jurisprudencia Provincial- Dic. 1.995- Año 5- N° 12- Pág. 1.075.-
- Cám. 2° en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, autos N° 33.593 “S.B. c/ Sucesión M.V. p/ Filiación”, (2.008), LS120-058.-
- Cám. Pen. de Santa Fe- Sala 3° (6/10/1.980) –Zeus, Rep. 4, pág. 524
- C.S. de Buenos Aires, Causa (2.009) C. 96.106, "F., J. O. contra B., J. D. p/ Acción de filiación" 28/10/2.009 (<http://ar.vlex.com/vid/causa>. (disponible en Internet el día 03/11/2.011);
- C.S. de Buenos Aires, (2.008) Causa C 85.363 “S. B. F. en representación de su hija menor de edad A. D. F. c/ G. D. G. p/ filiación” (<http://ar.vlex.com/vid/causa-42542981>. (disponible en Internet el día 06/11/2.011);
- C.S. de Santa Fe, (1.991) “A.M. C/ I. C. Y.”, L.L.- T. 1.992 – D. con comentario de la Dra. María Josefa Méndez Costa y en Zeus, Tomo 59, R. 48/R. 49 (1.991);
- CNCiv., Sala A, L.L. T° 1.987-C- 66 (1.987);
- CNCiv. Sala A - L.L.- T° 1.994-B- 261 (1.994);
- CNCiv., Sala A, L.L T° 1.998-D- 741 (1.998);
- CNCiv., Sala A, “Z.R. v. A.A. ”, J.A. 1.998-I, síntesis, cit. en boletín J.A. N° 6.071 del 7 de enero de 1.998;
- CNCiv., Sala B (1.986). J.A. 1987 IV- p. 362;
- CNCiv., Sala C, (1.993), E.D. T° 157, pág. 270; ídem sala E, 8-V-1.997, L.L 1.997-E, pág. 288 y 26-II-1.990, L.L. 1.990-C, p. 440, en igual sentido Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín, 22-IX-1.995, E.D. T° 169-22;
- CNCiv., Sala D, “S., E. B. c/S., H. S.”, DJ 1.999-I- 325. SJ 1.627. (1.996);

- CNCiv., Sala D, (1.993) – “C.M.M.L. s/ Sumaria Información” Rev. La Ley del 17/09/1.993.-
- CNCiv. Sala F- con nota del Dr. Eduardo Zannoni- L.L. 1.990- A- 2 139/201;
- CNCiv. Sala H – “I.N. y O. c/ G.G.E.” L.L. 1995- A- 378 (1.995);
- CNCiv., Sala M, L.L. T° 1.994-A- 77 (1.993);
- CNCiv., Sala M, E.D.- T° 145- p. 421 (1.991);
- C.S.J.N., Causa N° 43.205 – E.D.- 141- 263 (1990);
- C.S.J.N - E.D. 172- 175 (1.996);
- C.S.J.N., J.A. 1.986-I- 473 (1.985);
- C.S.J.N., J.A. 1.988-II- 193 (1.988);
- C.S.J.N., J.A. 1.988-II- 462;
- C.S.J.N., L.L. 1.991-b-473 y/6 J.A. 1.990-IV-575 y/6 D.C. 141-26. (1.990);
- C.S.J.N., L.L. 1.991-b-422;
- C.S.J.N., L.L. 1.991-b-470;
- Jdo. 1° Instancia de San Isidro- D.E. 128/332; Cám. Ap. C. C. de San Isidro- D.E. 132/476;
- S.C.J., Causa C. 97.491, "R., W. G. c/ G., J. S. p/ Filiación". (<http://ar.vlex.com/vid/causa-75843716>). (disponible en Internet el día 03/11/2.011);
- S.C.J.Mendoza, Sala 1°, autos N° 54.411 “*Galán Ángel en J: Crespo Laciara Marta c/ Ángel Galán p/ Filiación s/ Inconstitucionalidad*”, (1.995), disponible en LS259-077 y/o E.D. 17/5/1.996, pág. 6;
- Tribunal Constitucional de España -Sala 1ra, (1.994), E.D. T° 157/255 y J. A. T° 1.994-III-466;
- T.S.J. de Córdoba (1.993). Voto en auto intercocutorio N° 99 de Moisset de Estanes, E., L.L. Córdoba. 1.993 –Sec. Jurisprudencia. Pág. 972/973.-



Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Nelson Mariano Miranda Calabrigo
E-mail:	nelsonmm02@yahoo.com.ar
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	"Filiación: Negativa del supuesto padre a someterse a la realización del examen de A.D.N."
Título del TFG en inglés	"Affiliation: Refusal of the alleged father to submit to the examination of D.N.A."
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	P.A.P.
Integrantes de la CAE	Adriana Warde y Silvina Rossi
Fecha de último coloquio con la CAE	18/08/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Un CD. con copia de "Filiación: Negativa del supuesto padre a someterse a la realización del examen de A.D.N." en formato PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno