

**“LA PRUEBA GENÉTICA Y LA EXHUMACIÓN DEL
CADÁVER.**

Secuencia o alternativa”



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

MANUEL GUSTAVO ALFREDO ALONSO

2017

RESUMEN

Teniendo en cuenta que el artículo 580 del Código Civil y Comercial prescribe que el juez puede optar, según las circunstancias del caso, entre recurrir a la prueba genética sobre el material biológico de los progenitores naturales del presunto padre premuerto y la exhumación del cadáver; se evidencia como un problema el hecho de que la prueba genética y la exhumación sean o una secuencia, o bien una opción alternativa que se brinda a los intérpretes para decidir qué camino tomar. Ello es así ya que la primera regla contradice la segunda, y por tanto, resulta previsible que genere inconvenientes al tener el juez que determinar cuál debe seguirse, si la subsidiariedad o la opción alternativa.

Es por lo expuesto que el trabajo abordará todas las coyunturas que confluyan en esta cuestión, comenzando por el derecho filial, las acciones de filiación, la importancia de la prueba genética hasta llegar al análisis de lo que aquí interesa y tiene que ver con este examen biológico a llevar adelante a efectos de acreditar una paternidad post mortem.

Como es posible observar, es una temática sin respuesta alguna, por lo que desde este trabajo se buscará aportar teóricamente a la solución y, de ser posible, hacer una propuesta de *lege ferenda* que tienda a echar luz sobre la misma.

Palabras claves: Filiación – Progenitor premuerto – Exhumación del cadáver – Material genético de ascendentes en primer grado – Secuencia – Alternativa.

ABSTRACT

Bearing in mind that article 580 of the Civil and Commercial Code prescribes that the judge may choose, depending on the circumstances of the case, between having recourse to genetic testing of the biological material of the natural parents of the alleged deceased father and the exhumation of the corpse; it is evidenced as a problem the fact that the genetic test and the exhumation are either a sequence, or an alternative option that is given to the interpreters to decide which way to go. This is so since the first rule contradicts the second, and therefore, it is foreseeable that it generates inconveniences when the judge has to determine which should be followed, whether the subsidiarity or the alternative option.

It is for the exposed that the work will approach all the conjunctures that come together in this question, beginning by the filial right, the actions of filiation, the importance of the genetic test until arriving at the analysis of what interests here and has to do with this examination biological to carry forward in order to prove a post-mortem paternity.

As it is possible to observe, it is a thematic without any answer, reason why from this work it will be sought to contribute theoretically to the solution and, if possible, to make a lege ferenda proposal that tends to shed light on it.

Keywords: Affiliation - Progenitor premuerto - Exhumation of the corpse - Genetic material of ascending in the first degree - Sequence - Alternative.

Índice

Introducción	3
Capítulo I: Filiación	7
1.1 Derecho Filial.....	8
1.2 Fuentes de filiación	9
1.2 Determinación de la maternidad	12
1.2.1 Determinación de la filiación matrimonial.....	14
1.2.2 Determinación de la filiación extramatrimonial.....	16
Capítulo II: Acciones de filiación	20
2.1 Consideraciones generales	21
2.2 Procedimiento. Aspectos básicos	22
2.3 La regla del máximo de doble vínculo filial.....	23
2.4 Acción de reclamación de filiación matrimonial	24
2.4.1 Reclamación de la filiación extramatrimonial con maternidad acreditada.....	26
2.4.2 Posesión de estado.....	27
2.4.3 Convivencia en la época de la concepción	27
2.4.4 Alimentos provisorios	28
2.4.5 Daños por la falta de reconocimiento.....	28
2.5 Acciones de impugnación de la filiación	29
2.5.1 Impugnación de la maternidad	30
2.5.2 Impugnación de la filiación presumida por ley	31
2.5.2.1 Legitimación activa	32
2.5.3 Negación de la presunción matrimonial	32
2.5.4 Impugnación del reconocimiento	33
2.5.4.1 Nulidad del reconocimiento	35
Capítulo III: La prueba genética.....	38

3.1 El proceso, su relación con la verdad y la prueba	39
3.1.1 La prueba pericial. Su valoración.....	40
3.2 La prueba genética en los procesos de familia	41
3.3 El principio de amplitud probatoria.....	42
3.4 La oficiosidad del juez	43
3.5 La prueba genética en los parientes más próximos	45
3.5.1 El valor judicial de la reticencia a la prueba genética	46
Capítulo IV: La prueba genética post mortem y la exhumación	51
4.1 El significado del valor que ha de darse a los restos mortales	52
4.1.1 La dignidad, la integridad y la intimidad del difunto y su familia frente a la identidad del reclamante en la pronunciación de la jurisprudencia local e internacional	54
4.2 La regla del artículo 580 del Código Civil y Comercial	56
4.2.1 Error de técnica legislativa. La prueba genética en el padre y en la madre.....	57
4.3 Los parientes y la negativa a realizar el examen genético.....	57
4.3.1 Ante la imposibilidad de exhumar. Progenitores y ¿otros?.....	58
Conclusiones	61
Bibliografía	66

Introducción

El Código Civil y Comercial (CCC, en adelante) ha implementado cambios trascendentales en el ámbito de derecho de familia a partir de su regulación, entre sus modificaciones una de ellas hace referencia a la filiación.

La filiación post mortem doctrinariamente se ha considerado un supuesto excepcional para resolver qué sucede con la filiación del niño ante la posibilidad de que este sea concebido o implantado después de la declaración de fallecimiento de uno de sus progenitores donde en base a las leyes jurídicas o naturales, el vínculo de consanguinidad existe pero previamente a su declaración ha fallecido uno de sus padres.

En el supuesto de fallecimiento del presunto padre, el Código autoriza la prueba genética post mortem (art. 580). Teniendo en cuenta que la normativa no prevé cuál es el valor que debe otorgarse a la negativa de los parientes a someterse a la prueba genética en estos casos, considerando que deben asimilarse las consecuencias que trae aparejada esta negativa tanto doctrina como jurisprudencialmente. Con el nuevo código se ha ampliado la posibilidad de aportar cualquier tipo de prueba genética en casos de filiación, para determinar así el reconocimiento como estado de hijo, incorporándose en el texto legal, por primera vez la posibilidad de recurrir a otros parientes que permitan obtener algún grado de certeza en el resultado de la prueba genética (art. 579)

El trabajo de investigación propuesto obedece a dar respuesta a la contradicción que emerge del artículo 580 del Código Civil y Comercial cuando prescribe en su tercer párrafo “El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso”. De conformidad con ello, el régimen subsidiario que aparece en los dos primeros párrafos¹ se vería desmentido, ya que al juez se le da la opción de escoger por cualquiera de las vías establecidas, ya sea la exhumación del cadáver del presunto progenitor o del examen genético en los progenitores del premuerto.

Es preciso señalar que la regla dispuesta en el artículo es mesurada *prima facie*: en primer término se recurrirá a la prueba genética sobre el material de los progenitores naturales del premuerto. Y ello en virtud de que se ponen en juego el derecho a la intimidad

¹ Art. 580. Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

de la familia y cuestiones relativas al cadáver del presunto progenitor fallecido y los derechos a la identidad del hipotético hijo.

No obstante, a continuación, el artículo presenta otra vía, en la cual la exhumación del cadáver se muestra con aparente carácter subsidiario al análisis genético. Así podría inferirse que el legislador previó la integridad de los restos mortales y la dignidad del difunto como factores a considerar al momento de sopesar los intereses puestos sobre el tapete.

Cabe colegir de lo antes expuesto que el problema en que se ha puesto el acento radica en resolver cuáles son los alcances del instituto de la filiación post-mortem con respecto a la determinación de la prueba. Para ello habrá de considerarse si la prueba genética y la exhumación son una secuencia, o bien se trata de una opción alternativa que se brinda a los intérpretes al momento de decidir, habida cuenta la primera regla contradice la segunda, y es por tanto previsible que genere inconvenientes al tener el juez que determinar cuál debe seguir.

De lo antes expuesto se infiere la relevancia del problema teniendo en cuenta los valores jurídicos en juego – titularidad de derechos, dignidad, integridad, identidad, entre otros- y que en algunos casos para las familias no adquiere una especial relevancia la exhumación del cadáver, y tal vez sí lo tenga la prueba genética. También puede estarse a la inversa, y que no represente ningún conflicto el examen de ADN como sí lo sea el exhumar un cadáver para una familia que atribuye una significación religioso o moral trascendente a la muerte.

Es por lo dicho hasta aquí que el objetivo general reside en determinar cuáles son los alcances del instituto de la filiación post-mortem con respecto a la determinación de la prueba.

Para coadyuvar a alcanzar dicho objetivo se han planteado, además, algunos específicos, a saber: examinar la filiación, sus reglas y las acciones de impugnación y reclamación; indagar en qué casos es posible proceder a la filiación extramatrimonial; discernir quiénes son los legitimados activos y pasivos para poder solicitar la prueba genética en casos de filiación y cuál es el momento procesal oportuno para requerirla judicialmente; explorar la prueba genética y los principios de amplitud probatoria y de oficiosidad ante ella; indagar la prueba genética post mortem y la exhumación; analizar

cuáles son los valores jurídicos que se deberán tener en cuenta conforme el aporte de la jurisprudencia.

Con el problema de investigación esclarecido, y también los objetivos, es que se plantea la hipótesis de trabajo en los siguientes términos: la identidad del reclamante en una acción de filiación debe hacer ceder los derechos que los parientes del premuerto tienen de velar por los restos mortales de aquél. En virtud de ello es que el legislador le otorgó al juez la alternativa legal para escoger la exhumación por sobre la prueba genética.

Por otra parte, es dable advertir que a los fines de lograr una investigación sistematizada y organizada que le permita al lector ir comprendiendo la problemática desde sus rasgos generales hasta las características particulares; y que al mismo tiempo le permita una exégesis personal de la normativa, jurisprudencia y doctrina abordada, es que se decidió escindir el trabajo en cuatro capítulos:

Capítulo I: en este capítulo se analizarán los aspectos generales del instituto jurídico de la filiación. Se partirá de su conceptualización, del análisis de las fuentes y también se estará al estudio de las formas de determinarla ya sea en el ámbito matrimonial como extramatrimonial. Asimismo, se reflexionará sobre las acciones de filiación.

Capítulo II: en este segundo acápite, se ingresará al proceso filiatorio propiamente dicho. Tal es así que, entre otras cuestiones, se analizarán las acciones de filiación, ya sean aquellas de reclamación o de impugnación.

Capítulo III: el tercer capítulo es un punto de inflexión para la investigación ya que analizará el trasfondo de la prueba genética. A dicho efecto se estudiará su concepto, relevancia, principios que rigen, el valor de la negativa a realizarse la prueba de ADN, entre otras coyunturas de interés.

Capítulo IV: para culminar la investigación, se hará un estudio pormenorizado de la regla del artículo 580 CCC a los fines de hallar la solución al problema planteado. La intención de este acápite, a través de la exploración de nociones tales como los valores jurídicos en juego, la relevancia de los restos mortales, la participación de los parientes del difunto, entre otras, es encontrar la respuesta buscada y que brinde solución al problema propuesto.

Por último, ya desarrollado todo el trabajo, se expondrán las pertinentes conclusiones a las que se arribe, las cuales permitirán corroborar – o no- la hipótesis de trabajo planteada.

Es dable considerar atento a lo expuesto hasta este momento, que será fundamental para concluir con un acabado trabajo académico, armar un marco metodológico partiendo de la investigación doctrinal –hermenéutica, por entenderse como el tipo de investigación más propicia según el objetivo buscado. Tal es así que en primer término se llevará adelante la exégesis para interpretar el significado de las normativas de interés, o parte de ellas. A *posteriori* se implementará el método científico, es decir, se formulará un problema para luego contrastar la hipótesis (Sánchez Zorrilla, 2011).

Asimismo, se ha elegido utilizar la estrategia cualitativa que permitirá plasmar la información recopilada sin necesidad de medición numérica y que se encuentre destinada únicamente al proceso interpretativo. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2006).

En cuanto a las fuentes de investigación, será indispensable la utilización del Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional, jurisprudencia local e internacional que resuelva el fondo de cuestiones como la aquí tratada y, sin lugar a dudas, se estará al estudio y reflexión del aporte doctrinario. A través de estas fuentes es que se realizará una revisión documental para establecer cuáles son las más convenientes para la investigación. Con respecto a las técnicas que se utilizarán serán: el análisis documental o análisis de información y el análisis de datos.

Finalmente, en lo que hace a la delimitación temporal, cabe agregar que se retrotraerá hasta el año 2015, momento en que entró en vigencia el Código Civil y Comercial, cuerpo normativo que presenta la problemática abordada.

Cabe insistir con que se trata de una cuestión novedosa, que permitirá aportar teóricamente a una cuestión aún no resuelta en el ordenamiento jurídico y que goza de gran relevancia para todas las partes involucradas.

Capítulo I: Filiación

Introducción

En este primer acercamiento al problema de investigación, el punto de inflexión del capítulo se centra en el análisis del derecho filial. Para ello, se estará al estudio de esta rama del derecho en este capítulo donde se abordaran los aspectos generales del instituto jurídico de la filiación.

Se partirá entonces de la conceptualización de la filiación, del análisis de las fuentes y también se interpretaran las distintas formas de determinarla, ya sea en el ámbito matrimonial como extramatrimonial. Asimismo, se reflexionará sobre las acciones de filiación.

Como es dable advertir, el presente es un acápite meramente introductorio cuya finalidad es demostrarle al lector el punto de partida de la problemática planteada.

1.1 Derecho Filial

Una de las instituciones más importantes que existen en el Derecho de Familia es la relativa al derecho filial, en tanto fija su utilidad en determinar quiénes son los padres y las madres de un niño o niña y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos derivados de esta relación (Herrera, 2015). Esta institución es la filiación.

La filiación coloca a la persona en una situación familiar de la que no solo se derivan muchos derechos de los que gozan los miembros del grupo (alimentos, por ejemplo) sino que a su vez la conectan con sus antecesores, de tal forma que es un ser de pertenencia a un núcleo familiar determinado (Wainerman, 1996).

La filiación, por tanto, se correlaciona con la identidad de los integrantes del grupo familiar, con la interconexión entre ellos, con el vínculo que se forja entre los miembros de un núcleo familiar (Gherzi, 2015); se relaciona con la pertinencia a un ámbito integral que le permite disfrutar y ejercitar sus derechos al tiempo que le son impuestas ciertas obligaciones.

En el Código Civil y Comercial², el Título V “Filiación”, del Libro Segundo “Relaciones de familia”, se encuentra dividido en 8 capítulos en los que pueden distinguirse

² Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

las reglas aplicables a la cuestión filiatoria que tan relevante es para el Derecho de Familia, y mucho más lo es para las personas, sobre todo porque a partir de la entrada en vigencia de las normas modificadas, se ha proyectado la filiación con las necesidades que requerían ser subsanadas y que no tenían respuestas en el Código de Vélez³.

1.2 Fuentes de filiación

Hubo que aguardar muchos años para que el reconocimiento de la importancia que tiene la filiación en sus distintos tipos se haga efectivo. Cabe recordar que el Código Civil⁴ originario sólo regulaba la filiación biológica o por naturaleza. Tras más de cincuenta años de vigencia de dicho Código, con la sanción de la ley 13.252⁵ del año 1948, el Derecho argentino introdujo una segunda fuente filial: la filiación adoptiva. Por último, recién en el año 2014 con la sanción del Código Civil y Comercial⁶ que rige actualmente, el ordenamiento jurídico civil nacional se adecuó a la realidad al reconocer una tercera fuente de filiación producto del uso de técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2015).

El art.558 del Código Civil y Comercial⁷ establece estos tres tipos de causa fuente de filiación: biológica, por adopción y mediante la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. No solamente la importancia de este artículo reside en la regulación normativa de una tercera fuente de filiación sino que se dispone que los efectos derivados de este instituto son iguales para cualquiera de ellas y sin ser trascendente si se trata de filiación matrimonial o extramatrimonial. De esto puede interpretarse que el legislador argentino adoptó el criterio internacional de la protección al derecho humano a la igualdad;

³ Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

⁴ Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

⁵ Ley N°13.252- Establece la adopción de menores - Honorable Congreso de la Nación

⁶ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación. ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

a lo que vale subrayar, esto no siempre fue una norma imperante en el derecho convencional.

Primigeniamente, el Código Civil derogado⁸ establecía distinciones en materia de consecuencias jurídicas según fuese el vínculo filial entre un hijo y sus progenitores. Así, distinguía entre hijos legítimos, es decir, aquellos concebidos durante el matrimonio, e hijos ilegítimos, como aquellos concebidos extramatrimonialmente. Sin embargo, una de las tantas modificaciones que trajo consigo la ley 23.264⁹, que introdujo cambios en el campo de la filiación y la entonces patria potestad en 1985 al Código Civil derogado, fue la extinción de esta inequitativa forma de regirse los efectos propios de la filiación adoptando así el principio de igualdad de los hijos, ya hayan nacido en el seno de un matrimonio o bien han sido concebidos por fuera de éste.

Es así que el vigente art. 558 del Código Civil y Comercial¹⁰, logra estar en consonancia con el principio constitucional de igualdad de los hijos sin importar el estado civil de sus progenitores. Cabe al respecto señalar el tenor literal la redacción del art. 2° de la Convención de los Derechos del Niño¹¹ en tanto establece la obligación de todo Estado de respetar los derechos enunciados en la misma y asegurar su aplicación a todo niño independientemente de su nacimiento o cualquier otra condición, como también la de sus padres o de sus representantes legales; se agrega en el inc. 2°:

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Como correlato se encuentra el art. 17, inc. 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el que establece: “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”. Y replicado lo

⁸ Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

⁹ Ley N°23.264 – Patria Potestad “De la Filiación” - Honorable Congreso de la Nación

¹⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹¹ Art. 17, inc. 5, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

anteriormente expuesto en la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes¹² de 2005 en su art.28, que dispone:

Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

En esta instancia es dable traer a colación la causa que llegó a manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs Costa Rica”¹³.

Con fecha 28 de noviembre del año 2012 en el caso la CIDH se expidió en la causa “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” sobre un tema muy sensible tanto para las personas como innegablemente para el ordenamiento jurídico nacional del Estado demandado e internacional como lo son las técnicas de reproducción humana asistida, la naturaleza jurídica del embrión no implantado. Desde la Corte se afirmó que la concepción aludida por el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene lugar en el momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, por lo tanto antes de dicha práctica el embrión no es susceptible de la protección que emana de la mencionada norma; en otras palabras, el embrión no implantado en el útero materno no puede ser considerado persona según surge palmariamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además la CIDH señaló enérgicamente que debe aceptarse y admitirse la utilización de la técnica de fertilización *in vitro*, sino que además debe reconocerse el derecho a gozar de las ventajas y de todos los aportes beneficiosos que provengan de la ciencia o del avance médico a los efectos de acceder al derecho a formar una familia.

A través del dictado de una sentencia muy extensa pero de gran riqueza jurídica, la Corte indagó sobre el sentido de algunos de los términos que se mencionan en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ en sus arts. 1.2 y 4.1: persona, ser humano, concepción y en general.

¹² Art. 28 Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes - Honorable Congreso de la Nación

¹³ CIDH (28/11/2012) “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica”. Recuperado el 20/10/2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

¹⁴ Arts. 1.2 y 4.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

En síntesis, la CIDH, cuya sentencia es parte del bloque de constitucionalidad federal y por tanto de obligatoria aplicación para la legislación argentina, la existencia de la persona humana comienza recién desde el momento en que se lleva a cabo con la implantación del embrión en el útero y, por ende el embrión no implantado no es ni puede ser calificado como persona humana. (Herrera, 2015)

Como puede analizarse, el derecho a la igualdad – entre otros derechos – en materia de familia, no puede ser soslayado, ya que implica que todos tienen idéntico derecho a conformar una familia, a proyectar una vida en común y nadie puede en lo absoluto ser privado de esto.

Tal motivo hace que se puede afirmar categóricamente la loable tarea legislativa que implicó la recepción de este derecho al ordenamiento jurídico local poniendo en pie de igualdad a todos los individuos en lo que hace a la filiación.

1.2 Determinación de la maternidad

El Código Civil y Comercial¹⁵ mantiene el principio rector en materia de determinación de la maternidad: el parto sigue al vientre y la madre siempre es cierta (Herrera, 2015), por lo tanto, el vínculo materno queda establecido con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido (art. 565, CCC¹⁶).

Si bien el Código Civil y Comercial¹⁷ mantiene el modo de asignar o dejar determinada la filiación materna, lo cierto es que introduce varias modificaciones¹⁸ a lo que regulaba el derogado Código de Vélez. Entonces, queda bien claro que la determinación de la maternidad que regula el artículo 565 rige para los supuestos de filiación por naturaleza; no así para los casos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ni

¹⁵ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁶ Art. 565 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁷ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁸ Art. 565. Principio General. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

filiación adoptiva cuyos vínculos jurídicos nacen por aplicación de principios vinculados con la autonomía de la voluntad (Rivero Fernández, 1988).

Por otra parte, la normativa vigente deroga toda referencia al reconocimiento materno, al establecer un régimen de determinación de la maternidad (en su faz matrimonial o extramatrimonial) de carácter legal. Así, la filiación materna que ahora se halla determinada por ley, debe ser comunicada a la persona con quien quedó establecido el vínculo filial por taxativa indicación legal. La misma normativa enseña que la notificación no es necesaria cuando, precisamente ha sido la propia mujer quien procedió a realizar la inscripción de nacimiento o cuando quien lo hizo era el o la cónyuge.

De esta manera, en la filiación por naturaleza la única forma de determinación de la maternidad es la que prevé el art. 565¹⁹: prueba del parto e identidad del hijo recién nacido.

Con respecto a la identidad del recién nacido, el Código Civil y Comercial²⁰ no establece un procedimiento específico sino que su regulación depende de las leyes locales que se dicten al efecto. Entre otras, pueden referenciarse la ley de la provincia de Buenos Aires N°14.078²¹, modificada por ley 14.595 o de la ley 8034²² de la provincia de Córdoba y la ley 11.132²³ en Santa Fe.

En referencia al otro elemento, la prueba del parto, el CCC²⁴ establece expresamente cómo resolver los casos excepcionales en donde no se cuenta con el debido certificado médico de quien atendió el parto: “Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas” (art. 565, *in fine*²⁵).

¹⁹ Art. 565 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

²⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

²¹ Ley N° 14.078 – Capacidad de las personas – Honorable Congreso de la provincia de Buenos Aires

²² Ley N° 8034 – Identificación de personas recién nacidas- Honorable Congreso de la provincia de Córdoba

²³ Ley N° 11.132- Honorable Congreso de la provincia de Santa Fe

²⁴ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

²⁵ Art. 565 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

1.2.1 Determinación de la filiación matrimonial

El Código Civil y Comercial no habla de presunción de paternidad matrimonial como lo hacía el derogado Código de Vélez en el art.243²⁶ sino que, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación en razón del sexo, se refiere genéricamente a la presunción de filiación matrimonial (Herrera, 2015). Es decir, si un niño nace de una persona casada, por imperio de la ley, tiene doble vínculo filial con la persona que lo dio a luz y su cónyuge, sea del sexo que sea.

Ahora bien, el art. 566²⁷ en su última parte agrega un elemento significativo que debe ser tenido en cuenta, máxime en el caso de parejas del mismo sexo que siempre, salvo en caso de adopción, accederán a la co-maternidad por vía de técnicas de reproducción humana asistida: “La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”. De esta forma, la presunción legal de la filiación matrimonial rige tanto para los hijos nacidos en el marco de un matrimonio de igual o de distinto sexo.

En materia de operatividad de la presunción legal matrimonial, establecen los arts. 566 y ss. del CCC, los requisitos que se deben cumplir para que el o la cónyuge de quien da a luz un niño sea considerado padre o co-madre y aquel niño tenga doble vínculo filial.

El art. 566²⁸, en su primer párrafo, establece: “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”.

En primer lugar, a los fines de la determinación de la filiación matrimonial lo que importa es si los padres están o no casados al momento del nacimiento del hijo, no tomándose en cuenta el momento poco preciso de la concepción, explica Herrera (2015).

En segundo término, la norma establece un rango temporal dentro del cual rige la presunción *ministerio legis*: desde la celebración del matrimonio y hasta 300 días después

²⁶ Art. 243 Código Civil – Honorable Congreso de la Nación

²⁷ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

²⁸ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

de interpuesta la petición de divorcio o la nulidad del matrimonio o producida la muerte o separación de hecho. El art. 20, por su parte, expresa: “Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

Por otra parte, el Código²⁹ introduce algunas modificaciones que mejoran la redacción del derogado y criticado por la doctrina, artículo 243 del Código de Vélez (Herrera, 2014). A diferencia de su antecesor, el art. 566³⁰ adopta un solo momento desde el que empieza a correr el plazo de 300 días dentro del cual se presume el vínculo filial: la interposición de la demanda. Asimismo, se quita del texto la separación personal como una de las causales de cese de la presunción legal. Además, incorpora como causal de cese de presunción legal de filiación el fallecimiento del cónyuge de la mujer que da a luz y mantiene la separación de hecho como otra de las causas para hacer cesar la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz.

Ahora bien, el art. 567³¹ prevé una excepción a la causal de separación de hecho. Así establece que el niño será matrimonial siempre y cuando se cumpla con la inscripción mediando el consentimiento de ambos miembros del matrimonio.

Existe una parte minoritaria de la doctrina que discute la inaplicabilidad en la práctica de la excepción prevista en el art. 567³². Así ha dicho que

Cuando no exista la convivencia entre los cónyuges, la presunción de filiación subsistirá hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, nulidad o la muerte, porque el supuesto de la separación de hecho deviene inaplicable. Y tampoco podrían los cónyuges inscribir al hijo como propio, tal como lo autoriza el art. 567, porque ese caso no puede tener lugar en el matrimonio sin convivencia, ya que no es posible que se considere la separación de hecho como supuesto del cese de la presunción de filiación (Azpiri, 2014, p.115)

Sobre la situación especial de matrimonios sucesivos de quien da a luz, el art. 568 del Código Civil y Comercial³³ resuelve las reglas a aplicar en el supuesto excepcional referido. Se trata de una normativa que pretende echar luz sobre quién pesa la presunción legal de filiación matrimonial cuando una persona nace estando vigente el plazo de los 300

²⁹ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³⁰ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³¹ Art. 567 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³² Art. 567 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³³ Art. 568 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

días en el que se mantiene la presunción legal con el primer cónyuge pero, quien da a luz, se encuentra unida en matrimonio con su segundo cónyuge (Herrera, 2015).

Para resolver estos conflictos, el art. 568 adopta una solución, diferenciando entre dos situaciones fácticas: a) si el niño nace dentro de los 300 días durante los cuales opera la presunción de conformidad con el principio del art. 566, y dentro de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, el padre o madre legal es el cónyuge del primer matrimonio; b) si el niño nace también dentro del plazo de 300 días vigente la presunción legal, pero posterior a los 180 días de la celebración del segundo matrimonio, el padre o madre legal es el cónyuge del segundo matrimonio. Se trata de presunciones *iuris tantum* (Herrera, 2015).

El art. 569³⁴, por su parte, introduce los distintos supuestos de determinación legal de la filiación matrimonial y su prueba, a saber:

a) Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas.

b) Por sentencia firme en juicio de filiación.

c) En los supuestos de TRHA, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Es innegable que el Código Civil y Comercial ha incluido en su texto reformas sustanciales y significativas que su antecesor no disponía. Ello conlleva, sobre todo, un irrestricto respeto a la dignidad humana pero, fundamentalmente, una profunda valoración de la necesidad de que el hijo recién nacido conozca su verdadera identidad.

1.2.2 Determinación de la filiación extramatrimonial

Como se ha observado, si bien la determinación de la maternidad es única e igual ya se trate de una filiación matrimonial o extramatrimonial, la determinación de la filiación con la pareja de esa mujer sí difiere según esté o no unida en matrimonio. En el primer caso, se está a la presunción legal ya analizada en el apartado anterior y, en el segundo supuesto, se debe apelar a la figura del reconocimiento (Famá, 2012).

³⁴ Art. 569 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

El Código Civil y Comercial, establece un triple modo para que quede determinada la filiación extramatrimonial: a) reconocimiento (filiación por naturaleza), b) consentimiento previo, informado y libre (filiación por TRHA) y c) sentencia en juicio de filiación. De este modo, fácil se observa que el reconocimiento es una figura destinada únicamente al caso de la filiación biológica o por naturaleza no así a la resultante del uso de las TRHA (Herrera, 2015)

Por su parte, el art. 571³⁵ establece las distintas formas en que puede darse el reconocimiento paterno en el marco de una filiación por naturaleza:

a) Por declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;

b) Por declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;

c) Por las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

De esta manera, mantiene las mismas tres causas fuentes del derogado art. 248 del Código Civil, siguiendo el debate doctrinario que había nacido a la luz de la normativa derogada sobre si las tres modalidades constituyen o no título de estado o sólo la primera: la manifestación de voluntad ante el registro civil.

Sucedo que algunos autores (Yungano, 2011; Zannoni, 2008; Sabene, 2014) distinguen entre reconocimiento efectuado ante el Registro Civil, único supuesto autónomo para habilitar la constitución del emplazamiento filial, de los otros supuestos -instrumento público o privado y cláusula testamentaria- que si bien son manifestaciones de la voluntad unilateral no alcanzan para constituir el estado filial. Más allá de esta diferenciación, ambos conceptos se hallan unidos y por lo tanto, para el emplazamiento filial es indispensable el título formal que permita oponer *erga omnes* dicho emplazamiento (Herrera, 2015).

En cuanto a la notificación del reconocimiento, el art. 572 del CCC³⁶, impone una nueva obligación para los Registros Civiles dentro del régimen de determinación de la filiación extramatrimonial: el Registro del Estado Civil y Capacidad debe notificar a la

³⁵ Art. 571 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³⁶ Art. 572 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

madre y al hijo o a su representante legal, si se trata de una persona menor de edad, el reconocimiento.

Se trata de evitar que una persona desconozca que sobre ella se ha generado un vínculo filial producto del reconocimiento y así soslayar posibles perjuicios ante este desconocimiento que quebranta indefectiblemente la identidad como derecho humano garantizado (Gherzi, 2015). La doctrina judicial³⁷, en este sentido, ha resuelto conflictos en torno al uso del apellido, u otras cuestiones relativas a la identidad.

El Código Civil y Comercial³⁸, al igual que el art. 249 de la normativa derogada³⁹, recepta el reconocer a una persona fallecida. De esta manera, la última parte del art. 573⁴⁰ reza: “El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo”. Se permite así el reconocimiento de persona fallecida pero sin contenido jurídico sino de índole moral o ético.

Se introduce en este aspecto una modificación importante en comparación con la legislación derogada: la posibilidad de que esta regla se flexibilice o se exceptúe si se cumple con el requisito de la posesión de estado de hijo anterior al reconocimiento. En otras palabras, el CCC⁴¹ desplaza la prohibición rígida regulada en el Código Civil derogado⁴², si se prueba la existencia de posesión de estado del hijo fallecido y que se procedió a reconocer.

Otra de las novedades que introduce el Código Civil y Comercial⁴³ en materia de reconocimiento, es la posibilidad de reconocer a una persona por nacer. Esto vino a llenar el vacío existente en el Código derogado⁴⁴ regulando expresamente la posibilidad de reconocer a una persona por nacer, siendo éste otro supuesto especial más en el campo del reconocimiento filial.

³⁷ Juzgado en lo Correccional nro. 4, Mar del Plata, 06/09/2007, "D., M. A. v. Registro Provincial de las Personas", AP 70043166.

³⁸ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

³⁹ Código Civil – Honorable Congreso de la Nación

⁴⁰ Art. 573 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴¹ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴² Código Civil – Honorable Congreso de la Nación

⁴³ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴⁴ Código Civil – Honorable Congreso de la Nación

Conclusiones del capítulo

La llegada del Código Civil y Comercial era más que necesaria, ya que la sociedad se merecía un nuevo texto actualizado que regule la vida cotidiana y, sobre todo, las relaciones de familia. Por manda constitucional-convencional, este nuevo texto debía adaptarse a todos los avances y desarrollos que se ha venido dando en materia de derechos humanos, el cual ha interpelado la legislación civil derogada, a tal punto de convertirse en una nueva normativa integral y sistémica.

Por lo antes dicho, puede afirmarse que el CCC es el resultado de un largo proceso de debate y de aceptación del reconocimiento de distintas situaciones y coyunturas que requerían regularse o readaptarse en función de la realidad social.

En el campo del derecho de familia, es dable destacar la consagración del principio de igualdad y no discriminación, de libertad e intimidad, de realidad –por medio del reconocimiento de diversas formas de modelos familiares-, el principio de autonomía progresiva, el derecho a vivir en familia, entre otros. En ese marco, de tutela legal reforzada es lo que ha propuesto el nuevo Código, de manera de plasmar cambios y mejoras en la vida y circunstancias de las personas.

Y la filiación, no ha quedado al margen de los cambios, tal como ha quedado puesto de manifiesto en el derrotero de este capítulo. En este aspecto, se han presentado profundos cambios que, en honor a la brevedad de estas breves reflexiones, han venido a simplificar la determinación de la filiación en aras de evitar –todo en cuanto sea posible- eventuales conflictos judiciales.

Es por lo expuesto que, cabe colegir, se afirma como loable la tarea del codificador argentino, fundada –como se señalara *ut supra*- en la tutela de derechos fundamentales que asisten a los seres humanos, tal el caso de la identidad, la verdad biológica y la dignidad.

Capítulo II: Acciones de filiación

Introducción

En este segundo capítulo, el propósito es indagar en las acciones de filiación que regula el Código Civil y Comercial, es decir, a las acciones previstas para su determinación (la acción de reclamación de maternidad) y para su modificación o extinción (la acción de impugnación de maternidad) también son únicas.

La finalidad es analizar la regulación vigente y distinguirla de lo que sucedía hasta la sanción de las nuevas disposiciones para poder echar luz a si ello mejoró – o no- la temática señalada.

2.1 Consideraciones generales

Antes de comenzar a analizar cada una de las acciones de filiación que regula el Código Civil y Comercial⁴⁵, es importante tener en cuenta que así como la determinación de la maternidad es única, las acciones previstas para su determinación y para su modificación o extinción, también son únicas, explica Herrera (2015).

Cabe distinguir entre acciones de reclamación de la filiación que tienen por objeto emplazar a una persona en estado de hijo de las acciones de desplazamiento de determinada filiación habiendo sido ella resultado de la presunción legal o producto de un reconocimiento. Además, teniendo en miras el CCC⁴⁶, cabe dejar sentado que todas las previsiones que se analizarán en los siguientes apartados, están pensadas para el caso de la filiación por naturaleza, en tanto en el caso de las TRHA, la falta de vínculo genético no puede invocarse como fundamento de impugnación filial si medió el correspondiente consentimiento previo, informado y libre.

Por ende, se dispone que

no es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el

⁴⁵ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴⁶ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste (art. 577⁴⁷).

Asimismo, cabe traer a colación la norma del art. 576⁴⁸: “El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción”. Este precepto, va en línea con lo establecido en el art. 712⁴⁹, “Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción”. Sucede que si bien el punto medular de las acciones de filiación es el emplazar o desplazar vínculos filiales, el cúmulo de derechos y deberes que nacen de ellos son de índole no patrimonial como así también patrimonial; incluso algunos tendrían un carácter mixto, tal lo que acontece con los alimentos y la vivienda (Basset, 2015).

Por último, si bien el Código Civil y Comercial⁵⁰ en materia de acciones de filiación se centra en la posibilidad de emplazar o desplazar a una persona en estado de hijo respecto de otra, lo cierto es que gracias al desarrollo del derecho a la identidad se ha admitido la posibilidad de utilizar estas acciones de filiación pero persiguiendo un objetivo distinto; no ya para lograr el emplazamiento o desplazamiento sino sólo a los efectos de conocer los orígenes (Herrera, 2015).

2.2 Procedimiento. Aspectos básicos

Los aspectos procesales de las acciones de filiación están sometidos a la regulación que cada jurisdicción disponga, en tanto la competencia es materia no delegada a la nación o jurisdicción nacional. Así, por ejemplo, en el ámbito de la justicia nacional civil, el Código de rito dispone en su art. 5⁵¹ que

será juez competente (3) Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del

⁴⁷ Art. 577 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴⁸ Art. 576 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁴⁹ Art. 712 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵¹ Art. 5 Código Procesal Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente en el momento de la notificación.

Ahora bien, el CCC⁵² introduce algunas pautas a seguir en materia procesal. Así, el art. 581⁵³ estipula que las acciones de filiación pueden ser ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida y, en este caso, será competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor. En todo otro supuesto, es competente el juez del domicilio del demandado (art. 720⁵⁴).

Asimismo, la ley 26.589⁵⁵, determina las controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatorio y establece que, en el caso de las acciones de filiación, no procede la mediación prejudicial obligatoria, a excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. De allí que el juez deberá dividir los procesos, enviando la cuestión litigiosa patrimonial al mediador.

2.3 La regla del máximo de doble vínculo filial

El Código Civil y Comercial⁵⁶ mantiene un principio o máxima del derecho filial: nadie puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la conformación de estos vínculos (Herrera, 2015), de conformidad con la regla de la igualdad que incorporó la ley 26.618⁵⁷ la cual extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual (art. 558⁵⁸).

La consecuencia ineludible de este principio del derecho filial, es que se deba impugnar un vínculo filial anterior para recién allí poder pretender lograr el correspondiente emplazamiento filial (art. 578⁵⁹). Se trata de una regla de orden público que prima sobre la autonomía de la voluntad y el deseo de tres personas de compartir la crianza y educación de un niño y tener los tres un vínculo filial con éste (Basset, 2015).

⁵² Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵³ Art. 581 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵⁴ Art. 720 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵⁵ Ley N° 26.589 – Mediación y conciliación- Honorable Congreso de la Nación

⁵⁶ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵⁷ Ley N° 26.618 – Matrimonio Civil- Honorable Congreso de la Nación

⁵⁸ Art. 558 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁵⁹ Art. 578 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Entonces, si se pretende un emplazamiento filial y la persona ya cuenta con un doble vínculo, deberá procederse a incoar la acción de impugnación para que después proceda el pertinente emplazamiento filial.

2.4 Acción de reclamación de filiación matrimonial

El Código Civil y Comercial⁶⁰ modifica la estructura de la legislación derogada en lo que hace al orden de las acciones de filiación, regulándolas en el orden de aparición y tal lo que sucede en materia de reglas de determinación filial. Primero introduce las disposiciones relativas a la reclamación y después las de impugnación; en este último caso, están primero ubicadas la de impugnación de la maternidad, luego la de la filiación matrimonial y por último la de la filiación extramatrimonial.

En la misma línea, las acciones de reclamación se inician con el supuesto de la acción de reclamación de la filiación matrimonial.

Señala Herrera (2015) que la acción de reclamación de filiación matrimonial involucra dos supuestos fácticos y jurídicos: a) hijo inscripto como hijo matrimonial o extramatrimonial de terceros o b) hijo sin inscripción; situaciones en las cuales las personas no tienen ninguna filiación determinada y los progenitores son una pareja casada (art.582).

Es preciso advertir que cuando se reclama la filiación matrimonial se está ante un supuesto de legitimación pasiva necesaria (Herrera, 2015), destacándose en el art. 582⁶¹ que debe hacérselo “conjuntamente”. Esto se funda en la presunción legal de filiación del cónyuge de quien da a luz. Esto no acontece sin embargo cuando el reclamo es en el ámbito de la filiación extramatrimonial, donde el reclamo es individual.

Otra cuestión que se mantiene del Código derogado⁶² es la expresa admisión de acciones de reclamación contra personas que al momento de iniciar el proceso han fallecido. En este supuesto, “En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos”, la acción se entabla entonces contra los herederos, agregándose que cuando se trata de la filiación matrimonial, la acción se debe dirigir contra los herederos de ambos presuntos progenitores si es que los dos fallecieron. En caso

⁶⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶¹ Art. 582 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶² Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

contrario, contra el sobreviviente y los herederos del otro; en cambio, se debe deducir contra los herederos del presunto progenitor difunto de manera individual cuando se trata de una filiación extramatrimonial.

Por otra parte, la legislación civil y comercial mantiene la siguiente postura: la no posibilidad de caducidad de las acciones de filiación para el hijo y por el contrario, la caducidad para el resto de los legitimados activos.

Ahora bien, tal como lo dice la ley, el hijo puede “en todo tiempo” iniciar las acciones de filiación. Como bien lo destaca Kemelmajer de Carlucci apelando a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Según la jurisprudencia tradicional del TEDH, la sola existencia de plazos para deducir acciones de filiación (por ej. el plazo para impugnar la paternidad matrimonial) no vulnera el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con los arts. 6° y 8° (derecho a un proceso equitativo y derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo de derechos humanos (TEDH de 28/11/1984, Rasmussen v. Dinamarca, Series A nro. 87) en tanto los plazos sirven para la buena administración de justicia y a la seguridad jurídica ... (2010, p.68).

Asimismo, se mantiene el supuesto sobre qué acontece si quien fallece es el hijo y la posibilidad expresa de que sus herederos puedan continuar la acción iniciada en vida del hijo o, si se produjo su deceso y el hijo no entabló la acción, que los herederos la puedan iniciar. En este supuesto, el CCC⁶³ mantiene la triple posibilidad que su antecesor: 1) que los herederos continúen la acción iniciada por el hijo y que como falleció durante el proceso, no pudo culminar; 2) que los herederos inicien la acción si el hijo fallece siendo menor de edad o siendo incapaz y 3) que los herederos inicien la acción: si el hijo muere antes de que haya transcurrido un año desde que alcanzó la mayoría de edad, si muere antes de que haya transcurrido un año desde que alcanzó la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda. En todos estos casos, en el tiempo que falte para completar el plazo anual (Herrera, 2015).

Por último, el art. 582 *in fine*⁶⁴ aclara que esta acción no puede ser operativa en el caso de las TRHA. Por lo tanto, no se puede reclamar filiación alguna si se trata de TRHA

⁶³ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶⁴ Art. 582 *in fine* Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

siempre que “haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

Por otra parte, como la filiación derivada de las TRHA se determina sobre la base del consentimiento, de no mediar este acto jurídico, no puede reclamarse filiación alguna a quien no consintió. Precisamente, es por ello que el donante en las TRHA no es progenitor desde el punto de vista jurídico sino sólo donante de material genético sobre quien no se puede obligar a reconocer vínculo filial alguno (Kemelmajer de Carlucci, 2011).

2.4.1 Reclamación de la filiación extramatrimonial con maternidad acreditada

Uno de los casos que se dan frecuentemente en la práctica es el de los hijos que al nacer cuentan con un solo vínculo filial, el materno, por aplicación de la presunción legal de la maternidad que establecía el derogado art. 242⁶⁵ y que se mantiene en la regulación vigente (art. 565⁶⁶). Se trata de un régimen especial que adopta la legislación en aras de dar cumplimiento con el derecho de todo niño a tener su doble vínculo filial, con las consecuencias beneficiosas derivadas de tal emplazamiento (Herrera, 2015).

Es por ello, que el Código Civil y Comercial al regular la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial en su art. 583⁶⁷ no prevé requisito alguno para el inicio o planteo en sede judicial. Como es dable observar, el CCC⁶⁸ mantiene la revalorización del rol del Ministerio Público en materia de derecho filial, tendiente a que todos los niños cuenten con doble vínculo filial.

El art. 583⁶⁹ está en total consonancia con los presupuestos generales que establece el art. 103 del CCC⁷⁰, en el cual el papel del Ministerio Público es definido precisamente además, de no depender ya de la decisión de terceros (la madre) para incoar o no la acción judicial una vez frustrada la intervención extrajudicial.

⁶⁵ Art. 242 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

⁶⁶ Art. 565 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶⁷ Art. 583 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶⁸ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁶⁹ Art. 583 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁰ Art. 103 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

2.4.2 Posesión de estado

A los fines de acreditar la filiación extramatrimonial en el marco de un proceso judicial por acción de reclamación de la filiación, el art. 584 del CCC⁷¹, igual que el derogado 256⁷², establece: “La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”.

Es dable destacar que la posesión de estado debe ser acreditada en juicio ya que no tiene la suficiente entidad como para lograr el correspondiente emplazamiento filial extramatrimonial en el ámbito extrajudicial. De esta manera, la acreditación de la posesión de estado será siempre una cuestión de prueba. Y ello con independencia de que, si se encuentra acreditada tal posesión fáctica, la ley le otorgue una valoración tan importante, a punto tal que le da fuerza de reconocimiento, siempre que no haya otras pruebas que la contradigan; es decir, que no le quiten o resten entidad a tal posesión (Herrera, 2015).

En este sentido, si bien la prueba genética ostenta un rol protagónico en los procesos de filiación; la prueba de la posesión de estado, sigue teniendo peso en este tipo de conflictos (Basset, 2015).

2.4.3 Convivencia en la época de la concepción

La convivencia de la madre en la época de la concepción hace presumir el vínculo filial entre el hijo y el conviviente excepto que se opongan razones fundadas que desvirtúen esta presunción, de conformidad con lo que surge del art. 585 del CCC⁷³. A diferencia de la filiación matrimonial presumida por ley, la presunción que establece la normativa de marras opera -y puede efectivizarse- en el marco de un proceso filiatorio.

En otras palabras, la presunción del art. 585⁷⁴ no determina el vínculo filiatorio entre el conviviente y el hijo con su sola acreditación en el Registro Civil, sino que sirve como elemento probatorio de cargo en el marco de una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

⁷¹ Art. 584 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷² Art. 265 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

⁷³ Art. 585 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁴ Art. 585 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Asimismo, el art. 585⁷⁵ no requiere que se acredite una unión convivencial en los términos de los arts. 509 y 510⁷⁶. A *contrario sensu*, se refiere a la prueba de la convivencia.

2.4.4 Alimentos provisorios

Una de las tantas novedades que introduce el Código Civil y Comercial se encuentra en el art. 586⁷⁷. Desde la perspectiva constitucional-internacional de los derechos humanos, los alimentos constituyen un derecho fundamental y como tal, merecen el mayor de los respetos y satisfacción en el plano infraconstitucional.

El art. 586 CCC⁷⁸ se complementa con la previsión del art. 664⁷⁹ del Título VII relativo a la “Responsabilidad parental” que dispone:

El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.

De esta forma, en el supuesto de solicitud de alimentos en fecha anterior a la interposición de la acción de reclamación de la filiación, el Código Civil y Comercial⁸⁰ impone al juez la obligatoriedad de establecer un plazo para la promoción del juicio de fondo. En caso de no interponerse la demanda, el Código⁸¹ establece -a modo de sanción- la facultad de ordenar el cese de la cuota fijada mientras no se proceda a iniciar dicho juicio.

2.4.5 Daños por la falta de reconocimiento

Una de las pretensiones de reparación civil que se plantean con mayor frecuencia en materia de familia, la constituye la reparación de los daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. El factor de atribución de esta responsabilidad es la culpa, que más

⁷⁵ Art. 585 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁶ Arts. 509 y 510 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁷ Art. 586 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁸ Art. 586 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁷⁹ Art. 664 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸¹ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

allá de las modificaciones que se introducen en el CCC, y la relevancia que éste le otorga a la responsabilidad objetiva (Pizarro, 2015).

El Código Civil y Comercial, en su art. 587⁸², regula expresamente el supuesto de daños como lo es la falta de reconocimiento y, para el resto de los supuestos que son muy escasos (por ejemplo, daños por haberse creído padre durante mucho tiempo y enterarse que no lo era; o daños por omitir la madre información identificatoria sobre el presunto padre, daños contra la madre por la tardanza en reclamar la etc.⁸³), se aplican los principios generales de la responsabilidad civil (Pizarro, 2015).

Respecto al daño a las consecuencias no patrimoniales, según otra modificación sustancial que introdujo el Código Civil y Comercial, se amplía la legitimación activa para su reclamo (Herrera, 2015).

En definitiva, en materia de daños en la filiación, el Código Civil y Comercial⁸⁴ adopta una postura amplia y flexible que colaboran en las pretensiones de los legitimados para incoar este tipo de acciones, favoreciendo a su vez el respeto por ciertos principios, derechos, intereses y valores de la parte que se siente afectada.

2.5 Acciones de impugnación de la filiación

En este caso, el Código⁸⁵ también introduce modificaciones que –ya se analizarán a continuación- vienen siguiendo la estructura señalada con anterioridad. Vale destacar que estas acciones tienen como fundamento el desplazar al hijo de su condición de tal; de allí la importancia –al igual que con la reclamación- que ha tenido que darle el codificador a las nuevas normas.

⁸² Art. 587 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸³ Conf. C. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 20/02/2004, "S., J. L.v. R., B. y ot.", LLAR/JUR/132/2004; Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, 15/05/2013, "D. M. B. v. M. A. M.", Abeledo Perrot, cita online: LLAR/JUR/26390/2013; C. Civ. y Com. Mercedes, sala II, 18/12/2007; "G., M. C. v. C., O. N. s/filiación e indemnización", LLBA 2008 (mayo), 430

⁸⁴ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸⁵ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

2.5.1 Impugnación de la maternidad

La maternidad determinada conforme lo establece el art. 566⁸⁶, puede ser impugnada tal como lo dispone el art. 588⁸⁷, “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”,. Es decir, y tal como oportunamente se hiciera referencia, así como la determinación de la maternidad es única, lo mismo acontece con la acción de impugnación.

Con respecto a los legitimados activos, se mantiene la legitimación amplia. Así, en primer lugar se encuentra el hijo, y agregándose luego, a la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo.

Ahora bien, el principal cambio introducido por el CCC se encuentra en el marco de la caducidad de las acciones filiales, estableciendo límites unificados para aquellas personas legitimadas, que no sean el propio hijo para quien la acción no caduca. En la actualidad, todos los legitimados -menos el propio hijo- están habilitados a plantear la impugnación de la maternidad dentro del plazo de un año. Este plazo comienza a correr desde la inscripción del nacimiento o, en su defecto, desde que se tuvo conocimiento sobre la sustitución o incertidumbre en torno al lazo biológico entre quien dio a luz y el niño cuya filiación quedó determinada (Herrera, 2015).

El Código Civil y Comercial⁸⁸ introdujo, por tanto una significativa modificación en este aspecto, estableciendo un modo distinto de contar el plazo de caducidad en el marco de todas las acciones de filiación: un año “desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume” (art. 590⁸⁹).

Por último, el art. 588⁹⁰, cierra con una referencia directa a los casos de filiación derivada de las TRHA. Manda que no es posible plantear acción de impugnación de la maternidad alegándose falta de vínculo biológico o genético en los casos de filiación heteróloga cuando se haya prestado el correspondiente consentimiento, que constituye la

⁸⁶ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸⁷ Art. 588 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸⁸ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁸⁹ Art. 590 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁰ Art. 588 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

exteriorización de la voluntad procreacional, y es la columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA (art. 562⁹¹).

2.5.2 Impugnación de la filiación presumida por ley

El Código Civil y Comercial⁹², al igual que el código derogado, dedica dos normas a la impugnación de la filiación presumida por ley. En el art. 589⁹³, se especifican cuáles son los supuestos fáctico-jurídicos que regulan a esta acción. El art. 590⁹⁴, por su parte, fija las reglas en materia de legitimación y caducidad.

Por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, el Código Civil y Comercial⁹⁵ no se refiere a la presunción de paternidad del marido de la madre sino, de manera genérica, a la presunción de filiación matrimonial. De allí que esta acción prospere en el caso de todo niño nacido en un matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad, de la separación de hecho o muerte de alguno de los miembros de la pareja conyugal. Y su propósito será el desplazar la determinación legal que se origina en la presunción de filiación del o la cónyuge derivada del matrimonio (art. 566⁹⁶).

En materia de probanza, es suficiente alegar que el cónyuge no puede ser el progenitor, o que la filiación presumida por ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradigan o en el interés superior del niño (Herrera, 2015).

Nuevamente, el art. 589⁹⁷ cierra con la referencia a las TRHA, “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

⁹¹ Art. 562 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹² Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹³ Art. 589 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁴ Art. 590 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁵ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁶ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁷ Art. 589 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

2.5.2.1 Legitimación activa

El Código Civil y Comercial⁹⁸ legitima en este caso a la madre, al presunto padre biológico y “a cualquier tercero que invoque un interés legítimo”. Esto se deriva de lo que se ha expresado en el art. 589⁹⁹; por tanto esta acción es viable cuando la determinación que establece el art. 566¹⁰⁰ no deba ser “razonablemente mantenida”, ya sea por “las pruebas que la contradicen o en el interés del niño”. En este sentido, se han presentado situaciones en las que el propio hijo con edad y grado de madurez suficiente manifiesta que no quiere ver desplazado el vínculo filial con quien fuera su padre legal hasta ese momento¹⁰¹.

Volviendo al CCC¹⁰², por aplicación del principio de realidad al que se alude en los Fundamentos del Anteproyecto, se hace necesario contar con normativas amplias y flexibles. En este sentido, cabe destacar que el reconocimiento de una legitimación amplia en materia de acciones de filiación, no significa automáticamente que la acción va a ser resuelta favorablemente a lo solicitado por el actor, por lo que habrá que estar a lo que mejor resulte conforme el interés superior del niño en cada caso concreto (Herrera, 2015).

De esta forma, si bien el art. 590 del CCC recepta una postura amplia en materia de legitimados activos (Basset, 2015), “puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo”, el art. 589¹⁰³ recuerda que “el interés del niño” es el punto de inflexión cuando deban resolverse estos conflictos.

2.5.3 Negación de la presunción matrimonial

La acción de negación de la filiación matrimonial se relaciona con la determinación legal de tal filiación (Herrera, 2015). De este modo, la presunción legal opera dentro de los

⁹⁸ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

⁹⁹ Art. 589 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰⁰ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰¹ Sup. Corte Bs. As., 28/05/2014, "L., J. A. v. J., P. V. y L., V. B. s/impugnación de paternidad", LL 2014-E-88; C. Nac. Civ., sala B, 26/10/2011, "S., R. N. v. M., M. R. y otro", LL 2011-F-696

¹⁰² Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰³ Art. 589 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

300 días de acontecidos ciertos y determinados hechos jurídicos (demanda de divorcio o nulidad) o fácticos (separación de hecho o fallecimiento).

Si bien en ambos supuestos por aplicación del principio previsto en el art. 566¹⁰⁴ referido a la determinación de la filiación matrimonial presumida por ley, al cónyuge de quien da a luz se lo tiene por progenitor del hijo; el Código Civil le otorga relevancia a dicha diferencia fáctica a los que se produce la concepción y el nacimiento a los fines de regular las acciones de impugnación.

Por lo tanto, en los casos de niños nacidos en el marco de un matrimonio cuyo nacimiento se produjo dentro de los 180 días posteriores a la celebración de aquél, el cónyuge presumido como progenitor por ley estará habilitado a incoar la acción de negación del vínculo filial en virtud de lo dispuesto en el art. 566.

Al igual que en el caso de la acción de impugnación matrimonial, el art. 591 que regula la acción de negación de la filiación presumida por ley establece el plazo de caducidad de un año que se comienza a contabilizar desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo.

El art. 591¹⁰⁵ recuerda que la acción de negación no se aplica para el supuesto de TRHA cuando se haya prestado el correspondiente consentimiento en los términos previstos en los arts. 560 y 561¹⁰⁶.

2.5.4 Impugnación del reconocimiento

El Código Civil y Comercial también ha regulado la acción de impugnación del reconocimiento. El vigente art. 593¹⁰⁷ dispone:

El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

En cambio, el derogado art. 263¹⁰⁸ establecía:

¹⁰⁴ Art. 566 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰⁵ Art. 591 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰⁶ Arts. 560 y 561 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁰⁷ Art. 593 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento.

De esta comparación, se advierte que el Código Civil y Comercial, también ha introducido modificaciones que dan cuenta de la recepción de las principales críticas constitucionales-convencionales que se habían esgrimido por la regulación de esta acción en el sistema legal derogado (Feierherd, 2012).

En materia de legitimación activa, el Código Civil y Comercial¹⁰⁹ mantiene la legitimación amplia que ya preveía el derogado art. 263¹¹⁰. En esta línea, cabe destacar que el código vigente introduce una importante modificación respecto del derogado art. 263¹¹¹ que establecía un plazo de caducidad de dos años a diferencia del plazo de un año del art. 259¹¹² derogado que regía para el marco de la impugnación de la filiación matrimonial. Todos los plazos en materia de caducidad de las acciones de filiación se han unificado en un año y modificando el modo de contabilizar el plazo. Así, el Código Civil y Comercial¹¹³ establece que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico.

No obstante, la realidad biológica no es la única posición de la identidad que debe ser considerada para que se haga lugar a la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial. Sucede que el principio del interés superior del niño, si bien no está expresamente mencionado en el art. 593, es interpretado como un principio rector en todo conflicto que involucra a niños y adolescentes (Herrera, 2015).

Por lo tanto, en atención a esta consideración, sumada al principio de igualdad y no discriminación, se puede concluir que también en el marco de la acción de impugnación del reconocimiento se puede limitar la verdad biológica como único elemento a ser tenido en cuenta para definir el vínculo filiatorio (Basset, 2015).

¹⁰⁸ Art. 5263 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹⁰⁹ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹¹⁰ Art. 263 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹¹¹ Art. 263 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹¹² Art. 259 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹¹³ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

El Código Civil y Comercial diferencia la legitimación activa, la cual es amplia, de hacer lugar o rechazar la acción de fondo si ello cercena principios básicos como lo es el interés superior del niño (Herrera, 2015).

2.5.4.1 Nulidad del reconocimiento

El art. 263 del Código de Vélez¹¹⁴, había generado debate en lo relativo a la legitimación de quien hubiere personalmente reconocido para impugnar la acción. Ahora bien, el CCC¹¹⁵ no adopta postura al respecto, ante la diversidad de supuestos. Con motivo de ello, escoge una postura flexible.

En este contexto, es preciso traer a colación los fundamentos dados en un precedente de la Cámara de Familia de Córdoba, del 12/05/2011, en donde se puso en tela de juicio la posibilidad de que el individuo que hubo oportunamente de reconocer, pueda impugnar su reconocimiento¹¹⁶. Allí se aseveró:

El reconocimiento del hijo extramatrimonial puede ser impugnado por dos vías: la acción de contestación y la acción de nulidad. La distinción es importante, por cuanto: en la acción de impugnación del reconocimiento se controvierte el contenido mismo del acto, es decir, el presupuesto biológico, por no ser el que está emplazado como padre el verdadero progenitor de dicho vínculo filial. La acción de nulidad, en cambio, ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva como tal.

En este caso, el reconocimiento impugnado a través de la acción de nulidad no resultó viable porque en ningún momento el demandante denunció un reconocimiento viciado por error, dolo o violencia. Asimismo, se adujo en la providencia que “la acción de impugnación por ausencia del vínculo biológico sin invocar vicios” que propendan a demostrar fehacientemente el reconocimiento, “violenta el carácter irrevocable del mismo”.

De lo expuesto en el caso planteado, los jueces entendieron que era insoslayable “flexibilizar y adecuar los principios procesales y los criterios de ponderación en torno a los presupuestos de admisión y reconocimiento de las legitimaciones” habida cuenta las nuevas problemáticas familiares exigen una lectura desde la obligada perspectiva constitucional

¹¹⁴ Art. 263 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹¹⁵ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹¹⁶ C. Familia Córdoba, 2ª, 12/05/2011, "M., F. S. v. M., G. O. y otro s/Impugnación de paternidad", LLAR/JUR/23083/2011

convencional de los derechos humanos de conformidad a que nada se convierta en óbice para el acceso a la justicia de todos aquellos que posean interés en accionar judicialmente, y sobre todo, para resguardar el interés superior del niño y su derecho a la identidad (arts. 1° y 8° CDN¹¹⁷ y arts. 3 y 11, ley 26061¹¹⁸)

Por lo dicho hasta aquí, es que el tribunal resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 249 —primer párrafo— del Código Civil¹¹⁹, en tanto dicha norma obstaculizó al reconociente “a impugnar la paternidad extramatrimonial dado que el reconocimiento efectuado es irrevocable”.

Conclusiones parciales

En tanto la función del derecho es regular, y regular es ordenar y consolidar relaciones jurídicas en el marco de la normal convivencia armoniosa y la paz social, el legislador se ve interpelado ante la realidad plurifacética de los vínculos personales y sociales. Nadie tiene más ansiedad y necesidad que el hombre contemporáneo, que quiere que le reconozcan sus derechos y exige, por ello, que el Estado se los confirme y garantice.

Con respecto a la temática abordada en el presente capítulo, cabe aclarar en primer lugar que el capítulo 6 del Código Civil y Comercial¹²⁰ trae, de la misma manera que el Código Civil derogado (art. 251¹²¹), algunas disposiciones generales previas e introductorias que se aplican a todas las formas de filiación.

La existencia de acciones de emplazamiento y desplazamiento de la filiación es la palmaria demostración de dos elementos que gozan de igual relevancia: el Estado tiene un interés público en la determinación de la filiación, en virtud de su trascendencia social y la filiación es el instituto jurídico que mantiene un trasfondo biológico, puesto que es la discordancia la que habilita la acción, tal como ha quedado puesto de manifiesto. A ellos se le agregan la seguridad jurídica en las estructuras elementales de parentesco y la protección legal de los grupos más vulnerables (en este caso, los hijos). Y, en general, todo el régimen

¹¹⁷ Arts. 1 y 8 – Convención Internacional sobre los derechos del niño

¹¹⁸ Art. 3 y 11 - Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes - Honorable Congreso de la Nación

¹¹⁹ Art. 249 Código Civil– Honorable Congreso de la Nación

¹²⁰ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹²¹ Art. 251Código Civil – Honorable Congreso de la Nación

vigente de acciones filiatorias reposa sobre los valores jurídicos de esta seguridad jurídica, responsabilidad procreacional, verdad biológica, e identidad dinámica.

Como ha quedado revelado, son muchas las modificaciones que el codificador argentino ha introducido en los nuevos textos civiles (y comerciales) y que difieren notablemente de su predecesor atendiendo, como se señalara, a principios o pautas rectoras y a derechos garantizados que provienen de la esfera constitucional-internacional de los derechos humanos. Ello ha llevado a que en la actualidad, en la materia aquí bajo tratamiento, se pueda sostener un notable y sustancial avance, sobre todo cuando se trata de grupos vulnerables como son los niños.

Son más que bien recibidas estas transformaciones legales aunque, por el escaso tiempo de vigencia, solamente el derrotero de los años y los conflictos que se susciten, darán las reales conclusiones sobre la efectividad de las nuevas normas. Por lo pronto, desde aquí se celebran los cambios y las consideraciones materializadas sobre la obligada perspectiva de los derechos humanos que se consagran en casi todo el articulado.

Capítulo III: La prueba genética

Introducción

En este tercer capítulo, el análisis está dirigido a abordar específicamente a la prueba genética en materia de procesos de familia. Este tipo de prueba pericial hace radicar su relevancia en la veracidad que otorgan sus resultados, los que permitirán alcanzar una respuesta confiable ante una duda surgida en materia filiatoria básicamente.

Como puede observarse, esta prueba genética se concatena inexorablemente con el objeto de estudio de esta investigación, por lo que requiere ser indagada pormenorizadamente. Y hacia ello se direcciona este acápite, buscando a su vez, dar fundamento a dicha pericia.

3.1 El proceso, su relación con la verdad y la prueba

Taruffo (2008) afirma que, si bien el proceso se orienta a dar una solución a distintas controversias que se ventilan en los estrados judiciales, los principios de legalidad y de justicia demandan que estos dilemas de plataforma legal, sean resueltos a través de decisiones justas. Es por ello que una condición para que la decisión sea efectivamente justa la constituye la corroboración de la verdad objetiva o, en otras palabras, la verdad de los hechos. De allí que entonces una decisión no puede considerarse justa si ajusta normas a hechos que no son reales o que han sido considerados erróneamente.

Se ha afirmado categóricamente que la naturaleza del proceso, interpretándolo como un conjunto sistematizado y edificado a partir de actividades direccionadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia (Morello, 1996), exalta la figura del juez a quien le cabe una función fundamental, ya que es él el que gobierna la admisibilidad y producción de las pruebas, además de determinar su valor en el ámbito del decisorio – sentencia- sobre los hechos (Morello, 1991).

De allí que surja el problema consistente en determinar qué es lo que el juez puede poner en consideración para la determinación de la verdad acerca de los hechos. Como posible respuesta vienen a integrarse los principios constitucionales (debido proceso, derecho de defensa en juicio, imparcialidad del juzgador, bilateralidad, etc.) y procesales y reglas técnicas propias del proceso civil, de familia, etc.

3.1.1 La prueba pericial. Su valoración

Para Ramírez Carvajal (2013), la prueba pericial es un medio de prueba que propende a verificar hechos que interesen al proceso y para la cual se requieren de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Ahora bien, un obstáculo que todos los sistemas probatorios deben soslayar es que “los jueces no son omniscientes” (Parada y Amaya, 2017, sd.).

Vale poner de manifiesto que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico exigible para establecer y evaluar algunos hechos litigiosos. Además, explica Taruffo (2008) con mucho mayor frecuencia las materias del litigio civil implican hechos que van más allá de lo común; en otras palabras, exceden el promedio de conformidad a que se trata de hecho “de cultura no jurídica típica de un juez” (Taruffo, 2008, p.90).

Es por lo antes dicho que todos los sistemas procesales tienen que utilizar alguna forma de prueba pericial. Así cuando se trate la apreciación de hechos controvertidos que requiriesen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada, podrán otorgársele facultades al juzgador para decidir la incorporación al proceso de peritos, entendidos como terceros auxiliares del proceso que revisten de idoneidad suficiente como para colaborar aportando conocimientos (Peyrano, 2002) en materias fuera de la cultura típica no jurídica del juez.

El juez ante la ponderación de la prueba pericial se encuentra con algunas restricciones propias de su formación jurídica, las que en todo caso mínimamente lo ilustran en lo que hace al método científico en sí y a los principios básicos de las ciencias que deba abordar en cada caso concreto. De allí que entonces pueda sostenerse que la prueba pericial es la *probatio probatissima* a la que el juez deberá adherir por no contar con la capacidad para desestimarla y que sí ostentan los peritos. Este entendimiento, no obstante, significaría asignar un rol jurisdiccional al perito quien terminaría decidiendo la suerte del proceso con su dictamen (Falcón, 2003) como también un regreso al sistema de prueba legal o tasada (Palacio, 2003).

La prueba pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia de los peritos, la uniformidad o falta de ella en sus informes, los principios científicos en que se funden y, a partir de allí, deberá ser valorada por su concordancia con las reglas de aplicación de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción (Falcón, 2003).

Taruffo (2008) profundiza la cuestión y aclara que no es necesario que el juez sea un experto en la materia a dilucidar para corroborar los hechos, pero probablemente necesite conocer qué condiciones son indispensables para que determinada información sea científicamente válida y le resulte pertinente al momento de resolver. En otras palabras, el juez no tiene por qué ser un científico experto en determinada prueba pericial, pero sí necesita una buena preparación articulada con las distintas áreas del saber científico y que vengan del aporte de quienes sí tienen dicha capacidad, si pretende estar en condiciones de valorar la certeza científica de las pruebas colectadas y arrimadas al expediente.

3.2 La prueba genética en los procesos de familia

En primer término es preciso señalar que no existe un medio de prueba científica específica, sino sólo un resultado de la prueba que tiene carácter científico (Parada, et.al, 2017). Verbic, al respecto, ofrece la definición de prueba científica: “es un resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapa al conocimiento de la cultura media del juez” (2008, p.22).

Queda como reflexión que la prueba científica debe actuar como argumento de los hechos para tornarse en una prueba calificada que ingresa al proceso de la mano de los expertos y que tenderá a esclarecer los hechos.

En materia de reconocimiento e impugnación del vínculo filiatorio, a partir del hallazgo de las huellas de ADN por *Sir Alec Jeffrey* hace aproximadamente poco más de tres décadas, se ha revolucionado la manera de investigar los delitos en la órbita penal, lo que se hizo extensivo al campo civil, especialmente en materia filiatoria. Tal es así, que si bien se habla de un juicio ordinario de filiación donde los plazos procesales son más amplios, atento al carácter científico (Kemelmajer de Carlucci, 2014) que reviste este tipo de juicio, se espera fundamentalmente la producción de la prueba biológica –genética- por sobre toda otra prueba que se pueda producir, dado el grado de certeza que arroja y que le permite al magistrado formar su convicción con mayor seguridad sobre el vínculo discutido.

En virtud de lo antes expuesto es que algunos autores (Herrera y Famá, 2006) han llegado a definir a esta prueba genética como la *probatio probatissima*.

De hecho, antes de la sanción del Código Civil y Comercial¹²², algunas voces elevaron la discusión respecto a la obligatoriedad de la prueba genética (Herrera, 2015), quedando resuelta toda disyuntiva con la sanción del art. 579¹²³, último párrafo del cuerpo normativo citado, considerando a la negativa a someterse a la prueba genética como un indicio grave en contra del progenitor demandado. Ahora bien, ¿qué significa que sea un indicio grave? Implica que no es requisito *sine qua non* otra prueba para que tal conducta renuente tenga fuerza y, por ende, se puede hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación; pero sí se cuenta con prueba hábil –como lo es el examen biológico- para fortalecer la negativa y acercarse a la verdad biológica, ella debe ser incorporada inevitablemente al proceso (Kememajer de Carlucci, 2014).

3.3 El principio de amplitud probatoria

El primer párrafo del art. 579 del Código Civil y Comercial consagra el principio de amplitud probatoria que se manifiesta asimismo en el principio de libre investigación de la progenitura paterna (Basset, 2015). El fundamento de este principio es el principio de la veracidad vincular que preside la filiación y de allí que la finalidad sea la protección integral de los hijos (García Vicente, 2011).

Ahora bien, como no siempre son los hijos los que pretenden esclarecer el vínculo biológico –sobrevolando en este caso el interés superior del niño que tiene raigambre y entidad constitucional mayor habilitando a enfatizar el valor del principio de amplitud probatoria-, cuando se trata de otros legitimados, la trascendencia del derecho a la identidad, aunque no se extingue con los años, disminuye (García Vicente, 2011). De ahí que la presión sobre la amplitud probatoria pueda ceder.

La referencia a la prueba, en virtud de lo señalado anteriormente, tanto se trata de un elemento procesal ineludible que se cuela en la filiación, debe complementarse con los arts. 705 y ss. y las reglas relativas a la admisión de la prueba testimonial en casos de familia (art. 711) (Famá, 2013).

Cabe reflexionar entonces que, cuando deba resolverse una cuestión filiatoria, a tenor de lo preceptuado en el Código, se admitirán toda clase de pruebas, inclusive las

¹²² Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹²³ Art.579 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

genéticas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte y que tiendan a esclarecer el vínculo –parentesco- para determinar asimismo identidades, entendidas como derecho fundamental de todo ser humano.

3.4 La oficiosidad del juez

El texto del art. 579 primer párrafo dispone que las pruebas pueden resultar del pedido de la parte o de la disposición del juez. La preferencia de los principios de oficialidad e inquisitivo por sobre los principios dispositivo y el de aportación de parte, se sustenta en el interés público en la veracidad filiatoria (Basset, 2015).

Al respecto cabe traer a colación que en el sistema dispositivo predomina exclusivamente la voluntad y la motivación de las partes, quienes no solamente determinan la materia objeto de litigio sino que también aportan los elementos de prueba; también tienen el poder de impedir que el juez se exceda en los confines dentro de los cuales debe transcurrir la controversia por la misma voluntad de los litigantes (Arazi, 2005). El sistema inquisitivo, va de suyo, traslada la dirección de toda la actividad procesal al juez quien no solamente impulsa y dirige el proceso desde sus comienzos realizando los actos de averiguación tendientes a la obtener el material de conocimiento –probatorio- de los hechos sucedidos. Así, traído este tipo de sistema procesal al ordenamiento jurídico local puede afirmarse que solamente se da en la etapa instructoria en sede penal (Alvarado Velloso, 2005).

A fin de determinar con precisión los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo, se hace menester comenzar por excluir nociones ajenas a lo meramente procesal para evitar el peligro de desnaturalizar precisamente a estos mismos sistemas. A modo meramente ilustrativo se hace referencia a los fines del derecho procesal los que de alguna manera han sido utilizados para identificar al sistema dispositivo con la privatización del proceso y al inquisitivo con el publicismo del mismo; a su vez también puede señalarse la disponibilidad o indisponibilidad del poder de disposición de las situaciones jurídicas materiales ya sea para las partes o para el rol del juzgador (Alvarado Velloso, 2009).

Más allá de lo dicho, el problema real en la determinación de semejanzas y diferencias entre estos sistemas procesales consiste en la definición de los límites a los poderes y facultades de los sentenciantes y de las partes litigantes con respecto a la materia

litigiosa y al aporte de elementos de prueba. En otros términos, según esos poderes y facultades se otorguen de manera exclusiva o concurrente a las partes o a los jueces. Es precisamente esto lo que determinará a ciencia cierta si se está frente a un sistema procesal o ante el otro.

En cuanto al sistema dispositivo es preciso expresar que se manifiesta, especialmente en el ámbito del proceso civil por los siguientes postulados: a) Poder de iniciativa del proceso de la parte que invoca un derecho o interés ante el órgano jurisdiccional, fijando el justiciable los alcances y la amplitud de la protección jurídica por la que aboga. b) Poder del justiciable de determinar la extensión del conocimiento, convicción y certeza que alcance el juez, mediante el aporte de material de cargo. c) Dirección y conducción del proceso por puesta en marcha del impulso procesal de las partes lo que implica que el juez solamente puede proceder por rogación. d) Poder de presentación de partes por el que los justiciables determinan los hechos que serán objeto de juzgamiento y el juez no puede modificarlos a su arbitrio; tampoco suplir las circunstancias que no hayan sido invocadas por los litigantes. e) La investigación y la prueba de los hechos incumbe a las partes litigantes, y si el juez no puede avanzar por mandato legal expreso más allá de lo que las partes hayan logrado probar, debe admitir como verdad lo que estas hayan aceptado como tal (De los Santos, 1996).

En lo que hace al sistema procesal inquisitivo, en este caso se traslada la dirección de la actividad procesal a manos del juez el que no solamente dirige e impulsa todo el proceso, sino tiene entre sus poderes la promoción de su iniciación, realizando por consiguiente los demás actos investigativos pertinentes, tendientes a adquirir todo el conocimiento posible sobre los hechos acontecidos. Este sistema es diametral y radicalmente diferente al analizado anteriormente conforme los siguientes rasgos que vuelven a resaltarse: a) Además de los legitimados para iniciar el proceso, el juez puede promover oficiosamente el inicio de la causa; b) Al magistrado le corresponde el impulso procesal e instar el impulso de las partes de ser necesario; c) Los jueces detentan amplias facultades de investigación discrecionales; d) Las partes litigantes solamente pueden realizar indicaciones o sugerencias al juez acerca del material probatorio colectado; e) lo que refiera a reconocimientos, admisiones y confesiones que realicen las partes no vinculan

al juez como así tampoco lo eximen de su obligación de realizar todas las diligencias que le exija la investigación en curso (De los Santos, 1996).

3.5 La prueba genética en los parientes más próximos

El segundo párrafo del artículo 579 del Código Civil y Comercial¹²⁴ resulta toda una novedad en materia filiatoria. El mismo preceptúa que si media imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes biológicos hasta el segundo grado, iniciando con los más próximos.

Puede suceder que por razones diversas no pueda practicarse la prueba genética en el presunto progenitor. En ese caso, puede recurrirse a una prueba genética en material genético de un pariente. La disposición admite que se hagan hasta el segundo grado de los parientes por naturaleza. Debe comenzarse por el grado más próximo.

La cuestión se complementa con el art. 580¹²⁵, que habilita que la prueba genética se realice sobre los dos progenitores de éste.

Los Fundamentos del Anteproyecto indicaban los pasos a seguir, explica Famá (2013): a) si “el presunto padre vive, pero se opone” a someterse a la prueba genética, esa negativa funciona como un indicio grave (art. 579, párr. 3º); b) si “el presunto padre vive”, pero resulta imposible producir la prueba (por ej., rebelde o ausente) la prueba puede realizarse sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado (art. 579, párr. 2º); c) si el “presunto padre no vive”, la prueba puede practicarse sobre material genético de los padres del demandado (art. 580, primer párrafo); d) “ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos o ambos”, se puede autorizar la exhumación del cadáver, siendo el juez quien opte entre estas dos posibilidades según las circunstancias del caso (art. 580, párr. 2º).

A tenor de lo que interpreta esta tesis, hubiera sido preferible que ambas cuestiones se trataran en un solo artículo. Más allá de ello, lo que es necesario destacar es la loable tarea legislativa de modernización del derecho por medio de la incorporación de estas disposiciones, asumiendo la delicadeza y sensibilidad que conlleva este asunto tan complejo.

¹²⁴ Art. 579 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹²⁵ Art. 580 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

3.5.1 El valor judicial de la reticencia a la prueba genética

Ahora bien, en lo que hace al tema de la renuencia a realizarse una prueba genética, cabe traer a colación el art.579 CCC¹²⁶ el cual resulta novedoso en dos cuestiones: en su primer párrafo al admitir los dos principios anteriormente analizados y en su segundo párrafo cuando establece que de mediar imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes biológicos hasta el segundo grado, comenzando por los más próximos.

Explica Basset (2015) que la primera parte del artículo transcribe con algunas correcciones, el art. 253 del Código Civil derogado. Asimismo, la autora citada que la consagración del principio de amplitud probatoria en materia filiatoria vino a resguardar el derecho a la identidad de todos los involucrados en el plexo de relaciones que se enlazan en la filiación.

Finalmente, en el último párrafo del artículo de marras se termina una vieja discusión en la doctrina y la jurisprudencia que es precisamente la cuestión que merece el interés de la investigación planteada y tiene que ver qué sucede ante la renuencia del presunto progenitor a practicarse el examen genético. A tal efecto el codificador decidió indicarle al juez que el valor que se le debe dar a la negativa es el de un indicio grave de que está frente al progenitor del niño o de la niña.

Debe traerse a colación que la doctrina no era unánime al respecto de esta temática y variaba su opinión entre la consideración de la negativa como un indicio y una presunción *iuris tantum* (Famá, 2013). Fue por ello que el legislador argentino optó por una solución intermedia: indicio grave. Es decir, a criterio de Basset (2015) con quien se coincide, serán necesarias demás pruebas para generar la certeza necesaria en el juez previo a dictar sentencia en materia filiatoria.

Sintetizando, ante la negativa del progenitor a realizarse la prueba genética, se abrirán las demás alternativas probatorias que el art.579 admite tornándose indispensable acudir a medios indirectos de prueba.

La doctrina (Azpiri, 2012; Famá, 2013) ha criticado esta solución legal conforme advierten hay situaciones que quedarían sin regular y por fuera de todo remedio jurídico, tal el caso del nacimiento de niños producto de una relación circunstancial.

¹²⁶ Art. 579 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

En cuanto a la jurisprudencia, son muchos los casos donde el eje de debate se centra en la negativa a realizarse la prueba genética el presunto progenitor. A tal fin se hace mención de algunos de ellos, a modo meramente ilustrativo:

a) Cámara de Familia de Mendoza, “H., N. J. c. S., M. B. s/ impugnación de paternidad¹²⁷”: En esta causa, una mujer inició un juicio de filiación como representante legal de su hijo menor. El juez hizo lugar a la pretensión y emplazó al niño en su filiación paterna ponderando esencialmente la falta de contestación de la demanda. Atento a ello, el demandado impugnó el decisorio. La Asesoría de Menores opuso la excepción de cosa juzgada, la que fue rechazada y el juez mandó a seguir las actuaciones.

Por su parte la Cámara acogió la defensa y dispuso el archivo de la causa.

b) Superior Tribunal de Justicia de Misiones, “M., R. M. pshm J.i.m. c. R., R. A. s/ filiación¹²⁸”: una persona interpuso una demanda de filiación en representación de su hijo menor. El juez hizo lugar a la pretensión deducida. Posteriormente el accionado apela la sentencia y la Cámara revocó dicho decisorio. Ante la disconformidad de la actora, se interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. El Superior Tribunal de Justicia de Misiones hizo lugar al remedio intentado por considerarse como un indicio grave según el art. 579 del Cód. Civil y Comercial la negativa del demandado a realizarse la prueba de ADN.

c) Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, “A. J. E. c. M. M. A. s/ impugnación de paternidad y filiación¹²⁹”: quien alegara ser el padre biológico de un niño demandó a la madre y a su marido, quien reconoció al menor al nacer, impugnando la paternidad y solicitando la filiación correspondiente. Los demandados se allanaron a la práctica de la prueba genética. No obstante, la acción fue rechazada en primera y segunda instancia por considerarse la falta de legitimación del impugnante conforme el Código Civil derogado.

Interpuesto recurso de inaplicabilidad de ley, el Tribunal Superior de Neuquén revocó el decisorio y ordenó seguir con el proceso al interpretar que el interés superior del niño se encuentra integrado por el derecho a conocer la verdad en lo que respecta a su

¹²⁷ Cám.Fam, Mendoza, “H., N. J. c. S., M. B. s/ impugnación de paternidad”, 07/06/2017, LA LEY ONLINE AR/JUR/42359/2017

¹²⁸ STJ, Misiones, “M., R. M. pshm J.i.m. c. R., R. A. s/ filiación”, 03/02/2017, LLLITORAL 2017 (AGOSTO), 12

¹²⁹ TSJ, Neuquén, “A. J. E. c. M. M. A. s/ impugnación de paternidad y filiación”, 25/11/2016, LLPATAGONIA 2017 (ABRIL), 10

identidad biológica. Asimismo el alto tribunal destacó que en el art. 590 CCyC, la legitimación para impugnar la paternidad es amplia.

Existen tres posturas que se han sostenido desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el valor que debe otorgarse a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN. La primera de ellas considera que la reticencia es un indicio en contra de la persona que se niega a realizarse el ADN. Esta postura es la adoptada por el art. 4° de la ley 23.511. Implica que, además de la negativa, se necesitan otras pruebas para dictar sentencia de filiación (Herrera, 2015).

La segunda postura sostiene que la negativa de una persona a someterse a la prueba genética debe ser considerada como una presunción en su contra. En otras palabras, dicho comportamiento hace presumir la paternidad del renuente. En esta posición se enrola la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (Herrera, 2015).

La tercera postura entiende que en caso de negativa debe ordenarse la compulsividad de la prueba genética para efectivizar el derecho a la identidad biológica (Herrera, 2015).

Herrera y Lamm (2014) explican que la obligatoriedad de la prueba genética – ADN- tiene cada vez mayor adhesión doctrinaria en el ámbito jurídico local; no obstante ello aún no han podido torcer la balanza para que sea considerada la postura predominante ni en lo académico- científico como tampoco en el campo jurisprudencial. Señalan ambas autoras que el sustento sobre el cual gira dicha postura a favor de la obligatoriedad es que no resulta idéntica la presunción que la certeza, menos todavía cuando se trata de un hijo.

Es preciso recordar que el art. 579, CCyC¹³⁰ establece que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes hasta el segundo grado; con prioridad de los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez debe valorar la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

¹³⁰ Art. 579 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Como se advierte, el CCyC¹³¹ no toma ninguna de las tres posturas descriptas sino que optó por una nueva: el indicio grave que implica que no se necesita, como requisito *sine qua non*, otra prueba más que el ADN para hacer que la conducta renuente tenga la entidad suficiente como para poder dar curso a la acción de reclamación de la filiación; no obstante, si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa y, en definitiva, dar un paso más en la búsqueda de la verdad biológica, la misma debe ser incorporada al proceso (Parada, et. al., 2017).

En otras palabras, la postura del CCyC obstaculiza la posibilidad de que la conducta reticente del demandado sea un impedimento para la determinación de la filiación y, a la vez, busca alcanzar la verdad biológica al consagrar que, de ser factible, debe reforzarse la negativa a someterse a la prueba genética con otra prueba.

Conclusiones parciales

El objeto de la prueba a producirse en los procesos de filiación radica en la comprobación y acreditación del presupuesto base de la acción de filiación incoada, ya sea tanto una reclamación como una impugnación de estado; es decir, el objeto de las acciones de filiación es la existencia o inexistencia de lazo genético- biológico entre las partes. Es en esta etapa procesal donde cobra significativa trascendencia la realización de la prueba genética, ya que, la evidencia científica que de ella se deriva permite resolver con un altísimo porcentaje de veracidad los asuntos de la filiación o, en otras palabras, el estado de la verdad del derecho invocado.

Precisamente, en el derecho local vigente, y como también sucedía con su predecesor, impera el principio de verdad biológica en materia de filiación por naturaleza, prevaleciendo la verdad genética por sobre el emplazamiento formal de estado al conferirse carácter *juris tantum* a todas las presunciones que rigen la determinación del estado filial.

Ello ha llevado también a que la nueva reglamentación legal otorgara al juez amplias facultades para alcanzar la verdad objetiva. Es que si el juez debe formar su juicio conforme las reglas de la sana crítica, entre las cuales se encuentran los principios propios del comportamiento humano ordinario, va de suyo que tampoco puede apartarse de la realidad incontrastable que otorgan los exámenes genéticos.

¹³¹ Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Con respecto a la negativa a rechazar la prueba genética, es loable la tarea legislativa de obstaculizar la posibilidad de que el renuente demandado se transforme en óbice para la determinación de la filiación; de allí que el buscar la verdad biológica al consagrar que, de ser posible, debe reforzarse la negativa a someterse a la prueba genética con otra prueba, es un gran paso en materia de defensa del derecho a la identidad y a la verdad biológica.

Capítulo IV: La prueba genética post mortem y la exhumación

Introducción

Los redactores del Código Civil y Comercial abordaron, a juicio personal, con delicadeza, una cuestión compleja como es ante la muerte del presunto progenitor, el establecimiento de la progenitura a fines de que el accionante no se quede con las manos vacías por dicha circunstancia fáctica que conlleva efectos jurídicos propios.

Eventualmente suelen plantearse problemas cuando la reclamación de filiación estaba en curso y sobreviene la muerte del presunto progenitor, o bien, cuando se plantea como cuestión previa en la sucesión para dirimir el llamamiento de herederos.

Es por lo antes expuesto que este último capítulo se dirigirá específicamente a estudiar y analizar la regulación vigente de la prueba genética cuando el vínculo filial haya de acreditarse post mortem.

4.1 El significado del valor que ha de darse a los restos mortales

Cuando se está de acuerdo en que la protección de los restos mortales debe ceder ante la intensidad de la identidad personal, es necesario expresar la complejidad del asunto (Basset, 2015). En este sentido, un fallo del año 1994 de la jurisdicción de Azul¹³² ha captado el dilema que se presenta en este tipo de disyuntivas legales y humanas.

De la sentencia se extraen los aspectos más relevantes que permiten la afirmación de lo dicho en el primer párrafo, a saber:

a) La persona se extingue con la muerte; de allí en más no puede ser titular de ningún derecho. En este aspecto el fallo señala que “La persona humana se extingue con la muerte, por lo tanto el cadáver no es titular de derecho alguno”.

b) Un cadáver no es una cosa, por tanto los familiares del occiso tienen -a falta de disposiciones del causante- el poder de disponer. El fallo, al respecto, estableció que

Un cadáver jurídicamente y en general, no es cosa en los términos del art. 2311 del Código Civil y respecto del cual, a falta de instrucciones escritas del causante, los sobrevivientes tienen el poder jurídico de no permitir actos contrarios a los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodia de cadáveres.

c) La oposición a la exhumación del cadáver debe apreciarse como una conducta procesal que impide el esclarecimiento de la verdad objetiva. Con motivo de ello debe

¹³² Juzg. Civ. y Com. Azul N° 1, “S. M. R. c. D. de M., A. y otros”, 24/10/1994, LLBA, 1995-384.

interpretarse que hay un deber de colaboración de los parientes. En este sentido, el fallo sostuvo que

Debe atenderse al deber de colaboración exigible a los litigantes para contribuir al esclarecimiento de la verdad real, máxime cuando los accionados se encuentran en posesión del medio de prueba, los restos humanos del padre alegado, y por ende en mejores condiciones fácticas de aportar los elementos conducentes para resolver, lo que confiere legitimidad sustancial y formal a la resolución que ordena la exhumación del cadáver para producir la prueba biológica, de relevante importancia en el juicio de filiación.

d) El interés de los herederos en velar por los restos mortales cede frente al juicio de filiación e identidad del actor o su representante legal. Del fallo se advierte que

La tutela del derecho de los herederos del causante a velar por el descanso de los restos mortales de aquél, por lo que se oponen a la exhumación del cadáver necesaria para realizar la prueba biológica, debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y el derecho a la identidad personal del actor, máxime cuando el derecho de los niños a conocer a sus padres y el de preservar su identidad consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene jerarquía constitucional, por lo que del examen del conflicto de derechos subjetivos en pugna corresponde admitir la pretensión y ordenar la exhumación del cadáver.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial estipula expresamente sobre el cadáver en el art. 61¹³³:

La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

La norma, como es posible interpretar, se refiere a las exequias y el valor jurídico del cadáver debe apreciarse en función de la regulación de los bienes y no del cuerpo de los fallecidos, de conformidad a que éste no tiene regulación específica alguna.

De lo manifestado hasta el momento es posible colegir que la especial significación de los restos mortales se da esencialmente por el vínculo familiar; sin embargo, en materia legal debe estarse a la prioridad del derecho a la identidad ya que tal como se señalara

¹³³ Art. 61 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

antes, no hay regulación concreta sobre el valor jurídico del cadáver. Entonces, en suma, éste cede ante un derecho fundamental del requirente que alegue un interés jurídico particular sobre todo en materia filiatoria o sucesoria.

4.1.1 La dignidad, la integridad y la intimidad del difunto y su familia frente a la identidad del reclamante en la pronunciación de la jurisprudencia local e internacional

En la jurisprudencia internacional, el caso más resonante en la materia aquí tratada fue probablemente “Jäggi vs. Suiza¹³⁴”. Aquí, un hombre de 67 años se entera tardíamente de que un hombre muerto era su padre. Los parientes del occiso rechazan exhumar el cadáver. El TEDH hizo lugar a la demanda una vez que fue necesario renovar los derechos sobre el sepulcro. Vale la pena detenerse en los argumentos vertidos por la Corte Europea, porque sintetiza a la perfección la importancia de ahondar en esta temática tan sensible y con efectos jurídicos para todas las partes en pugna:

a) Identidad como interés fundamental: “las personas que buscan establecer la identidad de sus ascendientes tienen un interés vital (...) en recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal” (consid. 38).

b) Intereses de parientes vivos en su privacidad: (y por eso, preferencia a la exhumación): “debe ser tenido en cuenta que la protección de terceras personas puede llevar a excluir el obligarlas a ponerse a disposición de pruebas de ADN” (consid. 38).

c) Inviolabilidad del cadáver, derecho de respeto a los muertos e interés público en la certeza jurídica:

Al poner en una balanza los diferentes intereses en juego, debe darse consideración a, por un lado, el derecho del demandante de establecer su parentesco y, de otro costado, el derecho de terceras partes a la inviolabilidad del cuerpo del premuerto, el derecho a respetar a los muertos y el interés público en la seguridad jurídica (consid. 39).

d) Intensidad del interés a la identidad de una persona adulta en comparación con un niño)

Aunque es verdad (...) que el demandante que tiene ahora 67, ha podido desarrollar su personalidad aun en ausencia de certezas sobre su identidad y su padre biológico, debe admitirse

¹³⁴ European Court of Human Rights “Jäggi vs Switzerland” 13/10/2006. Recuperado el 18/10/2017 de <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1019533&Site=COE&direct=true>

que un interés individual en descubrir el parentesco no desaparece con los años, más bien a la inversa. Más aún, el demandante mostró un interés genuino en establecer la identidad del progenitor presunto, puesto que a lo largo de toda su vida intentó obtener información conclusiva sobre la cuestión. Esa conducta implica sufrimiento mental y psicológico, aun cuando no haya sido médicamente comprobado (consid. 40).

e) Interés religioso o filosófico de los parientes en los restos mortales. “(...) la familia del causante no citó ningún motivo moral o filosófico para oponerse a la toma de muestras de ADN, una medida que implica una intrusión relativamente poco intrusiva” (consid. 41).

f) Vida privada del fallecido: “(...) la vida privada de una persona fallecida de la que se toma una muestra de ADN no podría ser afectada si se toma después de su muerte”.

g) Balance de derechos: "La Corte hace notar que la preservación de certeza legal no puede ser suficiente por sí misma como motivo para privar al demandante de su derecho a establecer su parentesco".

Por su parte, la CIDH no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión, no obstante alguna jurisprudencia resulta concordante. Así, por citar algún ejemplo, se encuentra el caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana¹³⁵” donde se ordenó que se debía determinar el paradero de los cuerpos de personas desaparecidas, y previa comprobación genética de la filiación y de común acuerdo con los familiares o representantes, enviarse a Haití y entregarse a ellos¹³⁶.

De lo expuesto es posible inferir el lazo de los restos mortales con la identidad familiar y la primacía que tiene la familia respecto de las decisiones que conciernen al cadáver.

En la jurisprudencia argentina, la cuestión fue abordada en algunas ocasiones. Así, la Cámara en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, resolvió en 1993:

Debe declararse procedente la exhumación de los restos del supuesto padre en atención a que la relación de filiación solo es explicable a la luz de una realidad biológica. Tal solución encuentra sustento en la certeza que brindan las modernas pruebas biológicas para la

¹³⁵ CIDH, “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C, No. 251, párr. 253.

¹³⁶ En el mismo sentido: CIDH, Caso “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de febrero de 2012, Serie C, No. 240, párr. 291 y Corte IDH, Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, No. 250, párr. 270, entre otros.

determinación positiva de la filiación, así como en el criterio según el cual en juicios como el presente rige el principio de máxima amplitud en cuanto a los medios de prueba que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o se encuentren expresamente prohibidos para el caso¹³⁷

En general, el criterio jurisdiccional es que la identidad hace ceder -por tanto prevalece- los derechos de los parientes de velar por los restos mortales del fallecido¹³⁸; de allí que la exhumación suele ser admitida.

4.2 La regla del artículo 580 del Código Civil y Comercial

La regla que establece el artículo 580 del Código es, a juicio personal, mesurada: recurre en primer término a un análisis genético sobre el material de los progenitores biológicos del difunto¹³⁹. Ello de conformidad están en juego el derecho a la intimidad de la familia y la sensibilidad de las cuestiones relativas al cadáver del presunto progenitor y los derechos a la identidad (Arazi, 2011).

El artículo presenta una secuencia en la cual la exhumación del cadáver es la última *ratio*, por lo que puede sostenerse tiene carácter subsidiario al análisis genético de los terceros vivos. Y de allí que la opinión desde esta postura se suma a dicha óptica, que observa las circunstancias a través del cristal tradicional enraizado en Occidente en torno al valor que se le otorga a los restos mortales (Laín Entralgo, 2006).

En otras palabras, la idea de quietud y paz en el descanso de los restos mortales y el resguardo que esos restos tienen en tanto memoria viva de quien ha fallecido, son un argumento válido para proteger ese cadáver. La integridad del mismo y la dignidad involucrada, son factores a considerar a la hora de sopesar judicialmente los intereses que se ponen sobre el tapete.

¹³⁷ CNCiv., sala II, , "R. c. C. de A.". 2/5/1993

¹³⁸ CCiv. y Com. Azul, sala II, 14/6/2007, "D., R. V. c. Sucesores de D., P. V. M. y otro", LLBA, 2007; CCiv., Com. y Lab. Rafaela, 20/2/2002, "E., R. M. c. M., O. s/suc.", LLLitoral 2002, 919 (setiembre), 911

¹³⁹ CCiv. y Com. Azul, sala I,8/11/2011, "S. C. A. c. Presuntos herederos de V. S. M. J. s/filiación", con nota de MARTÍNEZ ALCORTA, Julio, "Una vuelta a la amplitud probatoria en el juicio de filiación (*post mortem*)", Revista Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, La Ley, 2012 (abril), pp. 74 y ss. También: C2ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 12/3/2008, "R., A. E. c. Herederos de E. P.", con comentario de ZANNONI, Eduardo A., "Acción de reclamación de la filiación '*post mortem*' y prueba del nexo biológico", LA LEY, 2008-C, 599.

Sin embargo, la razón de algunos casos específicos, vale recordar el fallo del Juzgado de Azul del año 1994, parece ser la inversa: prevalecería la intangibilidad de la integridad y privacidad de los parientes vivos y sería preferible la exhumación del cadáver. Es decir, si los parientes vivos más próximos al difunto se negaran o fuera imposible producir la prueba genética, entonces el accionante podía pedir la exhumación del cadáver.

4.2.1 Error de técnica legislativa. La prueba genética en el padre y en la madre

El artículo 580 del Código Civil y Comercial¹⁴⁰ se refiere solamente al padre cuando la acción podría referirse también a la madre o a ambos. Este error de técnica de redacción debería entonces suplirse por vía de interpretación o de modificación del precepto.

4.3 Los parientes y la negativa a realizar el examen genético

Cabe señalar, atento a la regulación de marras que se viene realizando, que el legislador no le asigna valor a la negativa de los parientes. Mientras que la negativa del padre es considerada como un indicio grave, para los parientes nada se prevé en este aspecto.

Es razonable pensar que la exégesis que haga el juez de la negativa de los parientes sea de menor gravedad que la del progenitor¹⁴¹ por lo que en virtud de ello, por razones de menor inherencia personal de la acción y porque se refuerzan los derechos personalísimos de los legitimados pasivos, deberá ser considerada como un mero indicio (Basset, 2015).

Desde aquí se sostiene que si el legitimado activo es un menor de edad, entonces el valor que deberá otorgarse a la negativa de los parientes se agravará dada la mayor intensidad de tutela legal que éste recibe, sobre todo cuando se trata de la protección del derecho a la identidad y la necesidad de establecer el emplazamiento o el desplazamiento filiatorio para que el niño pueda ejercer plenamente su derecho a conocer a sus progenitores biológicos y a ser cuidado y educado por ellos (art. 7º, CDN¹⁴²).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, en un fallo dictado, tuvo ocasión de valorar la renuencia de los parientes más próximos al difunto. En ese caso, la

¹⁴⁰ Art. 580 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁴¹ CJ San Juan, sala I, 1/8/2007, "B. A. N. c. Suc. M. J. H."

¹⁴² Art. 7 – Convención internacional sobre los derechos del niño

reticencia a realizar la prueba genética fue calificada de “presunción”, pese a que para hacer esa calificación se remitió al art. 4º de la ley 23.411, que habla de “indicio¹⁴³”.

4.3.1 Ante la imposibilidad de exhumar. Progenitores y ¿otros?

El artículo 580 del Código Civil y Comercial¹⁴⁴ permite la exhumación del cadáver o la prueba en los progenitores del presunto padre. Esa solución, explica Basset (2015) puede resultar poco eficiente en la práctica judicial.

Tratando de entender al codificador argentino al redactar el precepto bajo estudio, se infiere que redactó el texto normativo partiendo de la idea de un presunto progenitor de corta edad cuyos padres están vivos al momento de acaecer su muerte. No advirtió el problema que puede suscitarse en una sucesión de un progenitor de edad avanzada cuyos padres ya fallecieron.

A lo antedicho se suma la tendencia moderna de cremar los cadáveres. Entonces, de fallecer tanto el presunto progenitor y sin recurso a su cadáver o al de sus propios padres, también premuertos, la prueba genética sería imposible (Basset, 2015). Respecto a ello, la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que la cremación del cadáver del presunto padre por parte de las herederas no constituye un indicio de la progenitura, toda vez que se allana el camino para tomar muestras de otros parientes cercanos en aras de la acreditación del vínculo filiatorio¹⁴⁵.

Se advierte fácilmente que la norma de marras corre un riesgo cierto de resultar ineficaz, al menos en determinados casos como los *ut supra* referidos. El legitimado activo puede encontrarse con un presunto progenitor muerto y cremado cuyos padres también prefallecieron. De ello surge que lo lógico sería exigir la exhumación del cadáver de los padres, algo que el artículo 580¹⁴⁶ no prevé.

De lo manifestado se interpreta que hubiese sido razonable incluir a parientes colaterales u otros parientes, como en el art. 579¹⁴⁷ para la acreditación del vínculo. De hecho, ya hay antecedentes jurisprudenciales de pruebas practicadas en demás familiares¹⁴⁸.

¹⁴³ CNCiv., sala H, 15/6/2012, "H., J. C. c. H., J. y otros", Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2012 (diciembre), p. 127

¹⁴⁴ Art. 580 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁴⁵ SC Buenos Aires, 9/6/2010, "N. de S., A. A. c. D. S. y S., M. V. y otro", APBA 2011-9-1005

¹⁴⁶ Art. 580 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

¹⁴⁷ Art. 579 Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Ahora bien, más allá de lo que se ha señalado como conflictivo, es preciso también destacar que nada es óbice para petitionar al juez la práctica de los exámenes contra los colaterales, sobre la base del principio de libertad probatoria y veracidad. Al respecto, Azpiri (2012) sostiene que esa citación tendría además sustento legal por vía e interpretación del art. 4º de la ley 23.411, que no formula restricciones en cuanto a la obligación de realizar las muestras y la valoración de la conducta renuente.

En todo caso, lo esperable por parte de los parientes es el cumplimiento del deber de colaboración con el esclarecimiento de un derecho cuya entidad es mayor: la identidad¹⁴⁹.

Conclusiones parciales

El Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado grandes modificaciones en materia de derecho de las familias. Ello está en claro *ab initio* de la investigación.

En relación con las acciones de filiación oportunamente analizadas, el CCC establece que, ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes o sus parientes, el juez debe valorar la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (art. 579). Además, en caso de fallecimiento del presunto padre, el CCCN autoriza la prueba genética post mortem (art. 580) a través de la exhumación del cadáver o bien por examen de ADN a los padres del presunto progenitor premuerto.

Lo último señalado es lo que a este trabajo le interesó. Y, sin ahondar de más por considerar que lo tratado en el derrotero de este capítulo ha quedado en claro, cabe precisar que se ha llegado a la conclusión de que hubiese sido preferible adoptar una técnica legislativa más efectiva y esclarecedora para el magistrado, que directamente le otorgara la posibilidad de optar, según las circunstancias específicas de cada caso que se le presente, entre exhumar o preceder al examen genético a los familiares directos del prefallecido.

Asimismo ello, sería plenamente suficiente para que el peticionante de una acción de reclamación o impugnación de estado filial, pudiera ejercer plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva y a su derecho a la identidad, de un modo mucho más simple y que

¹⁴⁸ En el hijo: CNCiv., sala E, 14/6/2012, "A., E A. c. Z. J. E y otro", La Ley Online, AR/JUR/35822/2012. Abuelo y tío: CNCiv., sala L, 28/5/2012, "L. G. A. S. c. C. M. R.", Revista Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2012 (octubre), pp. 77 y s

¹⁴⁹ CCiv. y Com. Azul N° 1, 24/10/1994, "S. M. R. c. D. de M., A. y otros", LLBA, 1995-384

evitara debates en sede judicial sobre qué opción resulta más beneficiosa y qué derechos deben sopesar.

Más allá de estas circunstancias, es preciso afirmar que no resulta del todo negativo y se destaca la intención del legislador por otorgarle prevalencia a la verdad biológica y a su consecuente derecho a la identidad.

Conclusiones

Corresponde en esta oportunidad realizar un ejercicio reflexivo sobre la conclusión a la que se ha llegado, comenzando por hacer referencia a que la hipótesis de trabajo, planteada en términos de que la identidad del reclamante en una acción de filiación debe hacer ceder los derechos que los parientes del premuerto tienen de velar por los restos mortales de aquél; es por ello que se le otorgó al juez la alternativa legal para escoger la exhumación por sobre la prueba genética, ha sido corroborada.

Es preciso en primer lugar, poner de relieve varios de los puntos más destacables que surgido en torno a la presente investigación. En virtud de ello, acto seguido, se señalarán aspectos que a tenor de esta tesis son sumamente relevantes para el problema propuesto como objeto de estudio en sí, como así también algunos elementos que podrían tenerse en cuenta a futuro de presentarse interrogantes vinculados a la materia específica aquí tratada.

I. La protección del derecho a la identidad es uno de los principios rectores del Derecho de Familia, sobre todo considerando la jerarquía constitucional que dicho derecho ostenta y la finalidad de permitirle a una persona saber quién realmente es.

II. El derecho interno y la normativa internacional vigente en Argentina protegen también la vida privada y la esfera de intimidad de la familia. Las relaciones y hechos que surgen de la vida familiar son parte del contenido del derecho de las personas que integran el grupo con el propósito de impedir la afectación de las mismas por injerencias de terceros o incluso estatales.

III. Asimismo, actualmente en Argentina se protege la libertad de conciencia, de creencias, y de culto. En este sentido, podría entenderse a la negativa a la exhumación como expresión de la libertad de culto de los familiares del difunto al que pretende exhumarse para dar con la filiación.

IV. El derecho a la identidad, en muchas circunstancias y por diversos motivos, puede colisionar con el derecho a la vida de la familia, su privacidad e intimidad. También se incluye una eventual colisión con la libertad de culto. Ante ello, habrá de buscarse métodos que permitan balancear los derechos en pugna de los involucrados a los fines de resolver.

V. La legislación local fomenta la protección del derecho a la identidad; de allí que pueda afirmarse que la libertad probatoria; en especial la que el Código Civil y Comercial hace alusión en su texto (expresamente en el marco de las pruebas de naturaleza biológica-genética), permiten determinar la filiación prácticamente de forma directa.

VI. Frente al derecho a la identidad, al principio de la amplitud de la prueba y considerando la certeza científica de los resultados, la oposición de los herederos a la exhumación del cadáver o su rechazo a aportar su propio material para realizarle una prueba genética en el marco de un proceso filiatorio, resulta jurídicamente inviable.

VII. En materia de pruebas biológicas, los avances científicos han arrojado elevados índices de certeza. Así, con la incorporación de este tipo de pruebas, el panorama del juez cambia sustancialmente en el sentido de que encuentra condiciones objetivas para dar una respuesta certera a los demandantes en los juicios de filiación.

VIII. El promover una acción de reclamación de filiación contra los herederos del supuesto progenitor -u otra persona que se considere familiar directo- es inmiscuirse en la vida tanto personal como familiar de los herederos o demás familiares, lo que de ser desproporcionada, debe ser desestimada *in limine* por el juez.

IX. El legislador argentino, en materia de filiación post mortem no ha establecido un orden de prelación de las pruebas de acreditación de tal instituto, lo que puede apreciarse por el sistema implementado en el artículo 580 del Código Civil y Comercial. Esto lleva a la conclusión de que será la sana crítica del magistrado interviniente la que deberá resolver.

X. Entre la exhumación del cadáver para su posterior análisis genético y las otras pruebas de carácter biológico que provee la ciencia y que el ordenamiento jurídico argentino permite producir, es preferible que el juez no se tiente a decidir por orden secuencial, ya que ello podría advertir se está frente a medidas coactivas que tratan de satisfacer el objetivo de la verdad biológica afectando negativamente el plexo de derechos involucrados (a la vida e intimidad familiar, la libertad de culto).

Así las cosas, si bien la existencia de las personas humanas se extingue con su muerte, lo cierto es que el conflicto que aquí se plantea versa sobre derechos personalísimos que van desde la satisfacción del derecho a la identidad y al interés de los

familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto; algo que quedará en manos del juez, conforme a la regulación civil vigente.

Atento lo expuesto hasta aquí, es dable señalar que los derechos subjetivos familiares son todas aquellas facultades otorgadas a las personas para proteger sus intereses legítimos, derivados de las relaciones jurídicas familiares. Cada uno de estos derechos subjetivos de naturaleza familiar, se establece en interés propio de su titular; así por ejemplo, la impugnación de la filiación o el reconocimiento y emplazamiento en un estado filial, entre otros. Existen también otros derechos subjetivos establecidos o reconocidos para la protección de intereses ajenos, es decir, no del propio titular. En este supuesto podemos ubicar los derechos y facultades que se derivan del parentesco, la intimidad dentro de dicho vínculo y la dignidad humana.

Por su parte, los derechos regulados por el derecho familiar también pueden clasificarse en derechos patrimoniales o derechos personales. En este sentido, el derecho filial y el correlativo derecho a ejercer las acciones filiales (arts. 576 y ss.), los derechos que derivan de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641 y ss.), constituyen derechos personales. Cabe destacar en este sentido que el objeto de los derechos personales –o personalísimos- son las manifestaciones de la persona en la sociedad que importan un interés o beneficio para ella y por tanto se convierten en dignos de tutela jurídica.

Se sintetiza lo expuesto alegando que los derechos personalísimos se corresponden a derechos propios que, por su naturaleza de tal, a la persona le son innatos y que le permiten no solamente distinguirse en la sociedad, sino que les aseguran la facultad de reclamar y exhortar no solo a su cumplimiento, también a la reparación cuando éstos se puedan ver afectados.

Todo ello, que si bien en estas breves líneas se encuentra resumido, permiten inferir que debe entenderse que el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental y que éste debe ser protegido, especialmente cuando se trata de personas vulnerables, tal como lo son los presumibles hijos, a quienes asiste el interés superior del niño y el derecho inalienable de conocer su verdadera identidad, su raíz biológica.

Atento a lo expuesto, y pasando directamente a lo que aquí interesó resolver, cabe traer a colación que el art. 580 del Código Civil y Comercial estipula que “El juez puede

optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso”. De acuerdo con esta afirmación, dudosa por cierto y motivo principal que llevó al desarrollo del presente trabajo académico, el régimen de subsidiariedad que aparece en los dos primeros párrafos del precepto, aparece como desmentido ya que el juez, en última instancia, tiene la posibilidad de escoger de conformidad a la apreciación que haga de las circunstancias del caso concreto.

La segunda regla, es decir, aquella de carácter alternativo entre las opciones que brinda la norma, tiene sus ventajas. Es dable precisar al respecto que en algunos casos para la familia no adquiere especial trascendencia la exhumación del cadáver de su familiar, y tal vez sí se presten renuentes a la prueba de ADN.

No obstante esto señalado en los párrafos anteriores, es dable destacar que el orden que brinda el precepto 580 del Código resulta lógico ya que autoriza en primer lugar la búsqueda del material genético para determinar la filiación del demandante en los progenitores del padre prefallecido, lo que permitirá determinar o excluir el nexa biológico, dejando como *ultima ratio* la exhumación del cadáver.

De todos modos, y como tantas veces se pusiera de relieve, queda a criterio del juez determinar el curso de acción que considere más apropiado y siempre de conformidad a las circunstancias del caso concreto.

En relación a la realización de la prueba genética sobre cadáveres, el artículo 580 vino a resolver una discusión doctrinaria y jurisprudencial planteada con base en la tensión existente entre derechos constitucionalmente garantizados: el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, la memoria y el honor de una persona fallecida, en beneficio del primero.

En virtud de ello cabe colegir que la ventaja que presenta esta norma viene de la mano de la consideración de que no es lo mismo exhumar un cadáver de un miembro de un grupo familiar que atribuye un especial significado a la muerte, que el de quienes no tienen interés en ello y, por tal motivo, no los afecta el proceso de exhumación, como podría sí afectarlos el prestarse a exámenes genéticos.

El problema entonces, atento a lo que se ha venido desarrollando hasta esta instancia, queda zanjado al destacarse que en realidad debe adherirse a la postura alternativa y no a la secuencia –examen/exhumación– de disposiciones jurisdiccionales.

Para ello el juez habrá de estarse, tal como antes se pusiera de relieve, al caso concreto para definir si opta por una u otra, respetando siempre los valores en juego pero, primordialmente el derecho del hijo a su identidad biológica y a que se efectivice su interés superior.

Por último, cabe expresar que sería beneficioso eliminar de la norma esta confusión que genera y regular específicamente la alternativa, la opción que tenga el juez para decidir de qué manera se acreditará el supuesto vínculo filiatorio con el eventual progenitor prefallecido.

Cabe agregar antes de concluir estas reflexiones finales que la reticencia al sometimiento a las pruebas biológicas en el marco de un juicio por filiación, más aun tratándose de una filiación *post mortem*, constituyen actitudes que para la apreciación judicial pueden significar muchas cosas, incluida la negativa a reconocer el derecho a la identidad del reclamante. Es por ello que el someterse a la realización de estas pruebas biológicas deberá constituirse como una carga procesal, en caso de oponerse a las mismas al tiempo que también se deniega el acceso a la exhumación del cadáver.

Por otra parte, la oposición de los herederos del fallecido en juicio de reclamación filiatoria, tampoco deberá ser indicio suficiente para considerarlo como, por ejemplo, progenitor del demandante o sus representantes legales.

Bibliografía

Doctrina

Alvarado Velloso, A. (2005) *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch

Alvarado Velloso, A. (2009) *Sistema Procesal. Garantía de Libertad (Vol.I)* Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni

Arazi, R. (2005) “El sistema dispositivo y los hechos”, en Morello, A.M. (dir.) *Los hechos en el proceso civil*, (1°ed.) Buenos Aires: La Ley

Arazi, R. (2011) “La regla de amplitud probatoria vs. los derechos del niño”, LL, 2011-A, 475.

Azpiri, J.O., (2012) “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP 2012, p. 115

Azpiri, J.O. (2012), “La negativa de las partes y de los sucesores universales a someterse a las pruebas genéticas”, DFyP 2012 (diciembre), p. 127

Azpiri, J.O. (2014), El matrimonio sin convivencia y sus peculiaridades, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (nro. 66), AP/DOC/1067/2014, ps. 115 y ss.

Basset,U. (2015) “Libertad, amplitud y flexibilidad probatoria”, en Alterini, I. (2015) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (t.III) Buenos Aires: La Ley

De los Santos, M. (1996) “El juez frente a la prueba”, en Morello, A. M. (Coord.), *La prueba*. La Plata: Editora platense

Falcón, E. M., (2003) “La narración y la descripción de los hechos de la demanda”, en

Famá, M.V. (2012) Filiación, en Rivera,J.C y Medina, G., (2012) *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley

Famá, M.V. (2013) “La prueba genética en el Anteproyecto de Código”, LA LEY 2013-E, 943

- Famá, M. V., Herrera, M., (2006) La identidad `en serio´, sobre la obligatoriedad de la prueba biológica en los juicios de filiación en derecho de familia, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (nro. 3) Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Feierherd, M.J. (2012) El plazo de caducidad en el art. 263, CCiv., y el derecho a la identidad, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Derecho de Familia, (nro. III), Buenos Aires: Abeledo Perrot
- García Vicente, J.R., (2011), “Las acciones de filiación”, en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M., *Tratado de Derecho de Familia*, (Vol.V) Navarra: Aranzadi
- Gherzi, C. (2015) “El derecho a la identidad, la filiación y la identificación” DJ 07/10/2015, 9
- Herrera, M. (2014) “Principales cambios en las Relaciones de Familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. DACF140723
- Herrera, M., (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. [ebook] Buenos Aires: La Ley
- Herrera, M., Lamm, E. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Directoras: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, (T. II) Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2010) *El nuevo derecho de Familia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Ibañez
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2011) *La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*. Buenos Aires: La Ley
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014) *Tratado de Derecho de Familia Comentado*. (T.II) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Laín Entralgo, P., (2006) *Historia de la medicina*, Barcelona: Elsevier
- Morello, A. M. (Dir.), *Los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires: La Ley
- Morello, A. (1991). *La prueba. Tendencias modernas*. La Plata: LEP

- Morello, A. (1996). Aspectos modernos en materia de prueba, p. 133, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 13 - Prueba I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni
- Palacio, L.E., (2003) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: AbeledoPerrot
- Parada, A., Amaya Villafañe, E. (2017) “La prueba pericial. Generalidades y valoración. La prueba genética en los procesos de familia” LLNOA 2017 (octubre), 1
- Peyrano, J. (2002) “Acerca de los instrumentos operativos procesales” en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales* (T.I) Rosario: Juris
- Pizarro, R.D. (2015) *Tratado de la Responsabilidad Objetiva* (T.I) Buenos Aires: La Ley
- Ramírez Carvajal, D.M., (2013). *La prueba en el proceso*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda
- Rivero Hernández, F. (1988) *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid: Trivium.
- Sabene, S.E., (2014) “Reconocimiento de hijo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (junio), Buenos Aires: La Ley
- Taruffo, M., (2008). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Buenos Aires: Marcial Pons
- Taruffo, M., (2008). *La prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons
- Verbic, F., (2002) *La prueba científica en el proceso judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Wainerman, C. (1996) *Vivir en familia*. Buenos Aires: UNICEF
- Yungano, A. R., (1991) “El acto jurídico familiar (Contribución para una teoría general)”, LL 1991-C-830
- Zannoni, E. A., (2008) *Derecho de familia*, (T. I), Buenos Aires: Astrea

Jurisprudencia

a) Nacional

CJ, San Juan, sala I, "B. A. N. c. Suc. M. J. H.", 1/8/2007

STJ, Misiones, "M., R. M. pshm J.i.m. c. R., R. A. s/ filiación", 03/02/2017, LLLITORAL 2017 (AGOSTO), 12

TSJ, Neuquén, "A. J. E. c. M. M. A. s/ impugnación de paternidad y filiación", 25/11/2016, LLPATAGONIA 2017 (ABRIL), 10

SC Buenos Aires, 9/6/2010, "N. de S., A. A. c. D. S. y S., M. V. y otro", APBA 2011-9-1005

SC Buenos Aires.,28/05/2014, "L., J. A. v. J., P. V. y L.,V. B. s/impugnación de paternidad", LL 2014-E-88

CNCiv., sala II, "R. c. C. de A.". 2/5/1993

CCiv. y Com. Azul, sala II, 14/6/2007, "D., R. V. c. Sucesores de D., P. V. M. y otro", LLBA

CCiv., Com. y Lab. Rafaela, 20/2/2002, "E., R. M. c. M., O. s/suc.", LLLitoral 2002, 919 (setiembre), 911

CNCiv., sala E, 14/6/2012, "A., E A. c. Z. J. E y otro", La Ley Online, AR/JUR/35822/2012.

CNCiv., sala L, 28/5/2012, "L. G, A. S. c. C. M. R.", Revista Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2012 (octubre), pp. 77 y s

CNCiv., sala H, 15/6/2012, "H., J. C. c. H., J. y otros", LL, 2012 (diciembre), p. 127

Cám.Fam, Mendoza, "H., N. J. c. S., M. B. s/ impugnación de paternidad", 07/06/2017, LA LEY ONLINE AR/JUR/42359/2017

C. Civ. y Com. Mercedes, sala II, 18/12/2007; "G., M. C. v. C., O. N. s/filiación e indemnización", LLBA 2008 (mayo), 430

C. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 20/02/2004, "S., J. L.v. R., B. y ot.", LLAR/JUR/132/2004

C. Nac. Civ., sala B, 26/10/2011, "S., R. N. v. M., M. R. y otro", LL 2011-F-696

C. Familia Córdoba, 2ª, 12/05/2011, "M., F. S. v. M., G. O. y otro s/Impugnación de paternidad", LLAR/JUR/23083/2011

Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 6ª Nominación de Córdoba, 15/05/2013, "D. M. B. v. M. A. M.", LLAR/JUR/26390/2013

Juzg. Civ. y Com. Azul N° 1, "S. M. R. c. D. de M., A. y otros", 24/10/1994, LLBA, 1995-384

Juzgado en lo Correccional nro. 4, Mar del Plata, "D., M. A. v. Registro Provincial de las Personas", 06/09/2007, AP 70043166.

b) Internacional

European Court of Human Rights "Jäggi vs Switzerland" 13/10/2006. Recuperado el 18/10/2017 de <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1019533&Site=COE&direct=true>

CIDH (28/11/2012) "Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica". Recuperado el 20/10/2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

CIDH, "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C, No. 251, párr. 253.

CIDH, "González Medina y familiares vs. República Dominicana", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de febrero de 2012, Serie C, No. 240, párr. 291

CIDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, No. 250, párr. 270, entre otros.

Legislación

a) Nacional

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial – Honorable Congreso de la Nación

Código Procesal Civil y Comercial– Honorable Congreso de la Nación

Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes–
Honorable Congreso de la Nación

a) Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño