

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



La declaración de la paternidad y las pruebas genéticas de ADN.

MELINA ANABEL POLIAKOF

ABOGACIA

2018

A mi familia que me acompañó en todo momento.

A mis abuelas en el cielo, especialmente a ella que desde arriba me dio

fuerzas para llegar a este día.

A mi abuelo, que cada vez que me veía me preguntaba ¿y cuándo te vas a

recibir?. A él.

A mis amigas que me apoyaron.

RESUMEN

El siguiente trabajo de investigación desarrolla como tema central la negativa del presunto padre biológico a realizarse las pruebas genéticas de ADN en el proceso de filiación y la declaración por indicio de la paternidad determinada por la ley ante dicha negativa. Este indicio está regulado por el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación y por el art. 4 de la Ley N° 23.511 “Banco Nacional de Datos Genéticos” que establecen que la negativa del demandado a realizarse las pruebas genéticas, genera un indicio grave en su contra resultando ser un presunto progenitor.

La finalidad del trabajo es el estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada al derecho a la identidad, la declaración de la paternidad derivada de un indicio y la importancia de las pruebas genéticas en el proceso de filiación.

Palabras Claves: Identidad – Pruebas genéticas – Indicio – Presunción.

ABSTRACT

The following research work is developed as the central theme of the negative presentation of the biological father to genetic DNA tests in the filiation process and the declaration of paternity. This indication is regulated by art. 579 of the Civil and Commercial Code of the Nation and for art. 4 of Law No. 23,511 "National Bank of Genetic Data", which in turn, the refusal to demand, genetic testing, generates a serious indictment against it proving to be an alleged parent.

The purpose of the work is the study of legislation, doctrine and jurisprudence, the right to identity, the declaration of paternity derived from the clue and the importance of genetic tests in the filiation process.

Keywords: Identity - Genetic tests - Indicia - Presumption.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1. Conceptos generales en torno a la paternidad	
1.1 La familia	7
1.1.1 Legislación del Derecho de Familia.....	8
1.1.2 Derecho de familia	10
1.1.3 Estado de familia.....	12
1.1.3.1 Título de estado.....	13
1.1.3.2 Posesión de estado	14
1.2 Concepto de filiación	15
1.2.1 Determinación de la filiación	16
1.2.1.1 Determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.....	17
1.2.1.2 Modos de determinación de la filiación.....	19
Conclusiones parciales.....	20
CAPITULO 2. Los derechos fundamentales correspondientes al hijo en el proceso filiatorio y los medios de prueba	
2.1 Derechos fundamentales atinentes a quien reclama ser hijo en un proceso filiatorio	23
2.1.1 Derecho a la identidad o a conocer la verdad biológica y el derecho a la familia	23
2.2 La prueba en el proceso de filiación	25
2.2.1 La prueba genética	28
2.2.1.1 Evolución histórica de la prueba genética	28
2.2.1.2 Tipos de pruebas biológicas o técnicas de laboratorio.....	30
2.2.2 Importancia del ADN en el juicio de filiación	31

2.2.2.1 Modos de realización del examen de ADN	33
Conclusiones parciales	34
CAPITULO 3. La negativa del demandado a realizarse un analisis de adn en el proceso de filiación	
3.1 Conductas del demandado ante las pruebas genéticas	37
3.2 Legislación acerca de la negativa del demandado a realizarse las pruebas de ADN	38
3.2.1 Diferencia entre indicio y presunción	40
3.3 Extracción compulsiva de material genético ante la no voluntad del demandado a realizarse los exámenes de ADN	42
3.4. Derechos constitucionales atinentes al presunto progenitor	45
3.4.1 El derecho a la intimidad.....	46
3.4.2 El derecho a no declarar contra sí mismo	49
Conclusiones parciales	51
CAPITULO 4. Posturas doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la negativa del demandado a someterse a la prueba de adn	
4.1 Corrientes doctrinarias ante la negativa del presunto progenitor.....	54
4.2 Jurisprudencia y doctrina sobre la extracción compulsiva de material genético ...	59
4.3 Posiciones que descartan los derechos constitucionales del demandado como fundamento a la negativa a realizarse la prueba de ADN	62
Conclusiones parciales	64
Conclusiones finales	65
Bibliografía	71

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo final de graduación está destinado al estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada al derecho a la identidad y la paternidad derivada del indicio por la negativa del presunto progenitor a realizarse la prueba genética de ADN a los fines de responder ¿por qué la jurisprudencia aplica la presunción para concluir la determinación de la paternidad en el desarrollo del juicio de filiación, si existen métodos que permiten otorgar certeza a la paternidad desestimando esa presunción?

La familia, como uno de los conceptos básicos para desarrollar este trabajo, se entiende como aquella que surge de las relaciones intersexuales del matrimonio o de hecho entre dos personas y los vínculos de sangre o nexos biológicos de estos con sus descendientes.

Ser parte de una familia y conocer la raíz de los vínculos biológicos, forma parte del derecho a la identidad de cada individuo. Tal derecho se encuentra establecido en Tratados Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional por lo que cuentan con jerarquía constitucional. Poseer una identidad genética significa tener el derecho a conocer su origen, abarcando el derecho de saber quién es el progenitor. La Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los tratados incorporados a nuestra legislación y en su art. 7 y 8 consagra el derecho del niño a conocer a sus padres y el derecho a su identidad.

A los fines de determinar la paternidad generalmente se solicita una prueba de ADN. Para realizar las pruebas de ADN o ácido desoxirribonucleico se toman muestras del material genético del presunto progenitor. La prueba de ADN o las pruebas genéticas, que no persiguen dañar la integridad física de una persona o vulnerar cualquier otro derecho, es una de las pruebas más certeras en la actualidad y

se debe tener en cuenta que a partir de la sanción de la Ley N° 23.264 se admite cualquier tipo de prueba incluso el ADN. Gracias al avance de la tecnología se puede determinar la paternidad casi de un 100% excluyendo así cualquier duda, indicio o presunción.

En un proceso, en cuanto al presunto progenitor demandado y ante la negativa a realizarse la prueba genéticas se considera que es un indicio en su contra establecido en el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación y en el art. 4 de la Ley N° 23.511 “Banco Nacional de Datos Genéticos”.

El hecho de que el demandado no quiera someterse a dichas pruebas y la conducta omisiva que manifiesta constituye un indicio grave contrario a la posición sustentada por el renuente y evaluar esa conducta para establecer un vínculo es competencia del juez.

Es menester tener presente que el demandado se encuentra amparado por derechos constitucionales como son el derecho a la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo, derechos que son manifestados por el demandado en los juicios de filiación a los fines de no someterse a pruebas que determinen o lo eximan de la paternidad reclamada.

Atento a todo lo expuesto anteriormente el presente trabajo recopila datos de doctrina relacionada con la temática a desarrollar como así también aquella jurisprudencia vigente a nivel nacional y tratados internacionales a los fines de llegar a determinar las razones que son necesarias para el complemento de las normas y así aplicarlas en estas cuestiones de interés social y equidad jurídica.

Como hipótesis tentativa se cree que en la mayoría de los casos a los fines de determinar la paternidad ante la negativa del demandado a someterse a un examen de ADN, los tribunales lo interpretan como prueba suficiente para considerarlo como una

presunción de que es el padre del menor. Además debe considerarse que el demandado se encuentra amparado por derechos fundamentales como el de la intimidad y a no declarar contra sí mismo, en los cuales puede sustentar su negativa, por lo que, los jueces para resguardar también estos derechos declaran sin más la paternidad por indicio de la ley.

Como objetivos a lograr en el desarrollo del TFG se busca primordialmente analizar la declaración de la paternidad derivada de un indicio y establecer la importancia de las pruebas genéticas de ADN en el proceso de filiación. Se busca definir los conceptos generales relacionados con la familia y la filiación de una persona; estudiar los derechos fundamentales atinentes al hijo que pueden estar presentes en el proceso de filiación: el derecho a la identidad y protección de la familia; establecer las pruebas que pueden ofrecerse en un juicio de filiación. Por otro lado se analiza la importancia de la prueba del ADN en los procesos de filiación; se estudian las conductas y fundamentos que puede asumir el demandado ante el pedido de ADN; se mencionan los derechos fundamentales que posee el demandado en el proceso de filiación: el derecho a la intimidad y el derecho a no autoincriminarse. Se determinan las consecuencias de la conducta del demandado en el proceso de filiación ante la negativa de realizarse los análisis de ADN; se estudian las posturas de los autores a favor y en contra de la negativa del demandado a someterse a las pruebas de ADN; la jurisprudencia que también fundamenta o rechaza la conducta del presunto progenitor y la opinión de la doctrina y jurisprudencia en relación a la extracción compulsiva de material genético para determinar la paternidad.

La investigación se encuadra en un tipo de estudio exploratorio y descriptivo, debido que el objetivo del primero es examinar un tema o problema de investigación. El mismo permite utilizar distintas fuentes y datos y al ser un tipo estudio sistemático

da paso al manejo de todos los recursos disponibles para tener mayor precisión en la descripción del fenómeno en estudio. Con respecto al tipo de investigación descriptiva se especifican y determinan las propiedades relevantes del problema de investigación.

Como estrategia metodológica se prefiere la investigación cualitativa ya que explora, describe y genera diferentes perspectivas del caso bajo análisis. La finalidad es entender el problema de investigación que se desarrolla en este trabajo y que a través de los datos obtenidos mediante distintas fuentes se puedan crear ideas, conceptos y críticas del tema en cuestión.

En el primer capítulo se abordan los conceptos referentes a la familia, la legislación del derecho de familia a nivel internacional y nacional según tratados, código y leyes, el estado de familia, el título y posesión de estado. Asimismo se profundiza más precisamente dentro de la familia, la filiación biológica y las formas de determinarla.

Seguido, en el segundo capítulo, se presentan los derechos atinentes al hijo en cuestiones de filiación que deben tenerse en cuenta en un proceso de esta índole, como son el derecho a la identidad y a la familia. Luego como proyección del derecho a la identidad en un proceso filiatorio se analizan los medios probatorios en el proceso de filiación, más precisamente la prueba de ADN y su importancia.

En el tercer capítulo se desarrolla lo estipulado por la ley ante la negativa del demandado a realizarse la prueba de ADN, la diferencia entre indicio y presunción, se menciona la extracción compulsiva de sangre como medio de prueba para comprobar la paternidad y los derechos fundamentales que posee el demandado como el derecho a la intimidad y a no declarar contra sí mismo.

En el último capítulo se cita la doctrina y jurisprudencia a favor y en contra de la conducta negativa del demandado a realizarse una prueba de ADN, como así

también posturas que se basen en la extracción compulsiva necesaria para determinar la paternidad.

CAPITULO 1

CONCEPTOS GENERALES EN TORNO A LA PATERNIDAD

En este capítulo se conceptualizan los términos relacionados a la familia, como así también los tratados, leyes y códigos que la rigen. Seguidamente se describe los atributos de la persona como lo es el estado de familia, el título de estado y la posesión de estado.

Posteriormente, se desarrolla dentro del núcleo familiar puntualmente lo que es la filiación, su definición, las fuentes de la misma (por naturaleza, por métodos asistidos o por adopción) y por último los modos de determinarla.

1.1 La familia

Para abordar el análisis del problema en cuestión se debe determinar el significado e importancia de la familia en nuestro sistema jurídico según la definición que diferentes autores aportan.

Desde un aspecto sociológico Bossert y Zannoni (2016) consideran a la familia como aquella integrada por vínculos que derivan de la unión intersexual, de la procreación o el parentesco con sus descendientes. Desde este aspecto se tiene en cuenta a la familia nuclear, cuando el hijo se encuentra por edad y convivencia bajo la autoridad de sus progenitores.

Desde el mismo aspecto Frulla (2016) se refiere a la familia pequeña o nuclear como aquella que está integrada por el padre, la madre y el hijo que vive bajo la patria potestad de ellos. Esta familia es la que tiene mayor importancia en nuestra Constitución según el art. 14 bis¹.

¹ Art. 14 bis. Constitución Nacional. “En especial, la ley establecerá... la protección integral de la familia...”

La doctrina clásica, desde su punto de vista jurídico, sostiene que la familia es el conjunto de personas en el cual se comprende las “relaciones conyugales, paternofiliales y parentales” (Frulla, 2016, p. 17). Desde esta visión la familia es considerada como aquella que comprende al matrimonio, a la relación del padre, madre e hijo y el vínculo genético que éste último tiene con alguno de sus progenitores. Concepto que, en cuanto al vínculo del hijo con alguno de sus progenitores, refiere los cambios que actualmente se observan en la sociedad, respecto a la familia extramatrimonial.

El concepto de familia que se ajusta a la temática de este trabajo de investigación es el que Fanzolato (2007) define como aquellas que surgen de las relaciones intersexuales del matrimonio o de hecho entre dos personas y los vínculos de sangre o nexos biológicos de estos con sus descendientes. Estos vínculos de sangre o nexos biológicos es lo esencial a considerar en el proceso de filiación para determinar si entre padre e hijo existe un vínculo de parentesco.

1.1.1 Legislación del derecho de familia

En este punto se estudia y menciona las normativas que regularizan el derecho de familia desde sus comienzos hasta la actualidad en Argentina.

El derecho de familia es aquel que “comprende las normas jurídicas de orden público e interés social que protegen a la familia y a sus integrantes, regulando su organización y desarrollo integral...” (Frulla, 2016, p. 29).

La temática en el derecho de familia a lo largo de la historia ha sido regulada por numerosas leyes que se crearon para regular los cambios que se generan al transcurrir los años en la sociedad con respecto a la familia.

En el año 1888 se promulga la Ley N° 2.393 de Régimen del Matrimonio Civil (actualmente derogada) “la que sustituye las disposiciones del Código Civil” – Ley N°

340² del año 1869 – “que había dispuesto las formas religiosas obligatorias para su celebración” (Frulla, 2016, p. 14), modificada dicha ley de matrimonio civil por la Ley N° 23.515³ del 12 de junio del año 1987.

En el año 1919 se sanciona la Ley N° 10.903⁴ en la que se reformulan cuestiones de patria potestad en cabeza del progenitor, otorgándole “deberes y responsabilidades” (Frulla, 2016, p. 14); con la Ley N° 11.357⁵ del año 1926 se consagran los derechos civiles de la mujer, seguidamente de sus modificaciones Ley N° 17.711⁶ en donde se establece el principio de “igualdad entre el hombre y la mujer” (Frulla, 2016, p.14).

En relación a la filiación, la Ley N° 23.264⁷ de 1985 en su art. 21 determina la equiparación ante la ley de los hijos extramatrimoniales. Asimismo deja en claro en el párrafo segundo que la patria potestad les corresponde a los padres conjuntamente.

Actualmente el derecho de familia en Argentina está regulado en el Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) sancionado el 1 de octubre de 2014⁸.

² Ley N° 340 del 25 de septiembre de 1869. Código Civil. Su aprobación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³ Ley N° 23.515. Ley de Divorcio Vincular.

⁴ Ley N° 10.903 del 27 de octubre de 1919. Patronato de Menores de Jurisdicción Nacional y Provincial.

⁵ Ley N° 11.357 del 23 de septiembre de 1926. Capacidad Civil de la Mujer.

⁶ Ley N° 17.711 del 26 de abril de 1968. Código Civil. Modificaciones. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.)

⁷ Ley N° 23.264. Código Civil y Código de Comercio. Filiación – Modificaciones. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁸ Ley N° 26.994 del 08 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación.

1.1.2 Derecho de familia

La familia es un derecho presente tanto en el CCyCN como también en números tratados internacionales a desarrollar a continuación.

En el CCyCN, según lo dispone el art. 19, "la existencia de la persona humana comienza con la concepción"⁹. Es decir que a partir de ese momento ya se habla de una persona que, en un futuro condicionado a su nacimiento con vida, va a adquirir derechos y obligaciones de forma irrevocable, según lo establece el art. 21 del CCyCN vigente¹⁰.

Uno de los derechos que adquiere la persona al nacer es el de pertenecer a una familia el cual queda irrevocablemente adquirido. Tal como manifiesta Lloveras y Salomón (2009) es la persona a quien el Estado debe proteger bajo la tutela jurídica de las normas. Este derecho no debe ser vulnerado bajo ninguna circunstancia, la familia le compete a cualquier ciudadano, ese derecho a ser parte de una familia, a crecer, a educarse y a recibir afecto de los integrantes de la misma.

Respecto a la familia como uno de los derechos con jerarquía constitucional y también establecida en los tratados internacionales se mencionan los siguientes:

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el art. VI se establece que "Toda persona tiene derecho a construir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella";

⁹ Art. 19. CCyCN.

¹⁰ Art. 21. CCyCN. "Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume."

En la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 inc. 3 consta que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”;

El art. 17 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos manifiesta que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”;

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 10 inc. 1 dice que “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23 inc. 1 expresa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Son estas normas las que en los procesos de filiación se tienen presente a los fines de declarar la filiación, considerando el derecho a pertenecer a una familia que le compete a quien reclama la filiación o por quien se reclama. Así mismo, se puede observar que los artículos normativos anteriormente señalados coinciden todos en que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y merecen la protección del Estado.

Se menciona al Estado porque es quien interviene, a través de los jueces, en los actos procesales declarativos de emplazamiento familiar (Frulla, 2016). Por esta razón en que los magistrados, como directores del proceso, a la hora de fallar siempre deben inclinarse por la protección de la familia.

1.1.3 Estado de familia

Es menester comprender que se entiende por estado de familia, su vinculación con el derecho a la identidad y la característica de este atributo dentro de la misma.

Por eso se dice que “El estado es la posición jurídica que una persona física ocupa dentro de la familia, configurada por un conjunto de cualidades que sirven de base para la atribución de un *status* integrado por un cúmulo de derechos y deberes” (Frulla, 2016, p. 58). Estos derechos y deberes comprenden en el caso bajo análisis el derecho a la identidad por parte de quien reclama su filiación y lo que se está solicitando es justamente la declaración de su estado dentro de la familia y respectivamente el de otra persona, es decir surge como estado un padre y un hijo, esto es así porque una de las características del estado de familia es que es correlativo.

El estado de familia trasciende importancia respecto a que es un atributo de las personas de existencia visible y además resulta que es universal, correlativo, imprescriptible (Frulla, 2016), inalienable, irrenunciable, indivisible, universal, oponible, estable e implica una unidad (Bossert y Zannoni, 2016) por ende, atento a todas estas características, es un derecho invulnerable por quien omite proporcionar las pruebas para determinar un emplazamiento en el estado entre padre-hijo.

En el caso de que el reconocimiento de un hijo no se produjera de manera espontánea, recae sobre el progenitor las consecuencias jurídicas derivada de su conducta omisiva, por vulnerar un interés subjetivo jurídicamente tutelado, así es como lo expresó la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial en Paraná, Entre Ríos.¹¹

¹¹ “*Corvalan María Sol c/ Schenfeld Mario s/ Ordinario Filiación*”. Autos N° 8262 del 06/05/2016.

1.1.3.1 Título de estado

El título de estado es uno de los atributos que compete a una persona. Aquí se desarrolla el concepto y características del mismo.

El título de estado es definido por Bossert y Zannoni (2016) desde un sentido formal, como el instrumento público – título – del cual nace *erga omnes* el estado de familia de una persona y sirve de prueba para acreditar ese estado. Este instrumento se inscribe en el Registro Estado Civil y Capacidad de las Personas según la Ley N° 26.413¹² y además este mismo cuerpo en el art. 41 y ss. menciona la modalidad de inscripción para los casos de reconocimiento en materia filiatoria.

Desde un sentido material, un hijo no reconocido espontáneamente solicita el emplazamiento en el estado de familia probando su vínculo filial haciendo valer de esta manera su título de emplazamiento contra quien supone es el progenitor. De esta manera el “título” refiere a la *causa* derivada de un determinado emplazamiento (Bossert y Zannoni, 2016).

Otros autores como Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda (2009) definen al título de estado como el instrumento legal que sirve de prueba para demostrar el emplazamiento del estado de una persona con su familia. En el caso de un hijo extramatrimonial que no es reconocido voluntariamente, éste puede iniciar acciones judiciales para obtener la declaración del estado que le incumbe. Así mismo como expresan los autores del párrafo precedente, ante la sentencia que resuelve el emplazamiento, se deberá inscribir en el registro correspondiente.

Dados los conceptos anteriores, se concluye como expresa Medina y Roveda (2016) que el título son las partidas que se otorgan, según el caso, a favor de una

¹² Ley N° 26.413 del 06 de octubre de 2008. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

persona y las sentencias que declaran su estado de familia, en los casos de reconocimiento extramatrimonial de un hijo.

1.1.3.2 Posesión de estado

La posesión de estado es definida en este apartado, seguidamente de los elementos a considerar para la constitución del mismo.

La posesión de estado es el goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él (Fanzolato, 2007, p. 170).

Respecto a la filiación se requieren de tres elementos para constituir la posesión de estado: *nomen* (uso del apellido del padre), *tractatus* (trato público) y *fama* (reconocimiento general de ese trato). Aunque en la actualidad no se contemplan los tres elementos, sólo es necesario el trato público para el reconocimiento de la posesión del estado (Fanzolato, 2007).

La posesión de estado a nuestro criterio configura el trato de hecho que dos personas mantienen por afectos familiares y que es de público conocimiento aunque no posean título de estado que los emplace legalmente. Aun así pudiendo el peticionante iniciar acciones legales para el reconocimiento jurídico de esa posesión de estado mediante sentencia judicial que declare el título de estado, el cual es oponible *erga omnes* y que le permitirá ejercer sus derechos y deberes derivados de ese estado que le compete.

Expuesto lo anterior, se puede concluir que:

Puede hablarse entonces de una identidad genética, que refiere al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea, a su genoma, y de una identidad filiatoria, que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres, y que está habitualmente en concordancia con su identidad genética, pero puede no estarlo (Chieri Primarosa y Zannoni, 2014, p. 185)

1.2 Concepto de filiación

En esta sección se desarrolla el concepto de filiación y las maneras de producir un vínculo filiatorio según el CCyCN.

La filiación es el vínculo jurídico que surge entre el padre y la madre con sus descendientes, es decir sus hijos, de dicho vínculo derivan deberes y derechos recíprocos (Medina y Roveda, 2016).

Una persona no puede tener más de dos vínculos filiales según lo expresa el artículo 558 del CCyCN¹³, esto debido a la actualización de dicho código en consecuencia de la aprobación del matrimonio igualitario y las técnicas de reproducción humana asistida. Así, si alguien quiere reclamar un estado del que ya goza, debe primero desplazar el estado que posee y luego proceder a reclamar el que le cree corresponder, establecida dicha regla en el artículo 578 del CCyCN.¹⁴

¹³ Art. 558 CCyCN. (...) "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación."

¹⁴ Art. 578 CCyCN. "Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación."

La filiación puede suceder de tres maneras de acuerdo al art. 558 del CCyCN y ellas son "por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción":

1. *Por naturaleza o biológica por sangre:* es la originada por el vínculo biológico o natural de los padres con sus hijos por consanguinidad, ya sea matrimonial o extramatrimonial, dependiendo si los padres estuvieran casados o no.

2. *Por técnicas de reproducción humana asistida:* en donde intervino la ciencia – a través de por ejemplo la fertilización *in vitro* – para la concepción de un ser.

3. *Por adopción:* la filiación se establece mediante una sentencia que la declare tal, no existiendo un vínculo biológico entre las partes (Medina y Roveda, 2016).

El mismo artículo hace mención a la igualdad de efectos jurídicos sea cual fuere la forma de filiación.

1.2.1 Determinación de la filiación

Se propone exponer a continuación las formas de determinar el vínculo filiatorio entre dos persona según el CCyCN, los procedimientos o si se quiere la documentación o requisitos a presentar para acreditar el vínculo, seguidamente se menciona la filiación matrimonial y extramatrimonial y los modos de determinación de la filiación.

La determinación de la filiación implica establecer legalmente quién es el padre y madre de una persona y de esta manera crear un vínculo biológico (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2009).

La determinación de la maternidad resulta como consecuencia del parto. El art. 565 del CCyCN establece como principio general que la filiación por naturaleza se determina con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (Bossert y Zannoni, 2016).

Además de la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, debe identificarse a la madre mediante el Documento Nacional de Identidad, Libreta Cívica o Cédula de Identidad y el nacimiento debe ser comprobado mediante el otorgamiento de un certificado del médico, obstétrica o quien haya intervenido en el parto, indicando la identidad de la madre, del hijo y lugar, fecha y hora del nacimiento (Medina y Roveda, 2016).

Así mismo, si el nacimiento ocurriera fuera de un establecimiento médico o sin atención médica, el establecimiento médico público – al que concurre la persona luego del parto – debe emitir un certificado en el que conste la edad presunta del nacido, el sexo y un certificado indicando el estado puerperio de la madre. También se requiere que dos testigos declaren el lugar de nacimiento, el estado de gravedad de la madre y deben manifestar haber visto con vida al recién nacido, suscribiendo el acta de nacimiento (Bossert y Zannoni, 2016).

1.2.1.1 Determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial

En cuanto a la determinación de la paternidad no se busca discriminar entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sino simplemente se trata de diferenciar las formas de determinación de la paternidad entre uno y otro (Bossert y Zannoni, 2016).

La filiación por naturaleza supone un vínculo biológico entre los progenitores – o alguno de ellos – con su descendiente. Cuando ese vínculo biológico por naturaleza puede acreditarse, la maternidad o paternidad quedan determinadas. Esta

determinación deriva de la certeza del nexo biológico paterno-filial o por presunción, según por ejemplo, en el primer caso, el parto de la madre, quien no se desconoce la calidad de tal, y para el segundo caso, la presunción de paternidad del marido de la mujer, si los mismos están casados. Mediante esta determinación, cierta o presunta, la ley le concede a los progenitores, la filiación (Bossert y Zannoni, 2016).

Puede suceder como manifiestan Falótico y Pietra (2015) que exista solo una diferencia en cuanto a la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial. En la determinación de la paternidad matrimonial existe la presunción en base a un acta de matrimonio previo a la concepción del hijo, y en la determinación de la paternidad extramatrimonial es necesario el reconocimiento.

En cuestiones de filiación matrimonial y extramatrimonial el CCyCN establece que la filiación matrimonial queda determinada: a) una vez que se haya inscripto el nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por una prueba que demuestre el matrimonio, b) por una sentencia firme que declare la filiación y, c) en los casos de filiación por medio de la técnica de reproducción asistida, por la inscripción del consentimiento previo, informado y libre en el registro anteriormente mencionado.¹⁵

Respecto a la filiación extramatrimonial la misma queda determinada por el reconocimiento del hijo a través de la declaración ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas al momento del nacimiento o posterior al nacimiento, otra manera es a través de la declaración del reconocimiento mediante instrumento público o privado o por disposiciones de actos de última voluntad.¹⁶

¹⁵ Art. 569. CCyCN.

¹⁶ Art. 571. CCyCN.

1.2.1.2 Modos de determinación de la filiación

El objeto de la filiación es establecer las relaciones que se forman entre los padres e hijos, ya que de éste vínculo derivan derechos y obligaciones según lo previsto en el CCyCN (Falótico y Pietra, 2015).

Bossert y Zannoni (2016) describen que hay tres maneras de determinar la filiación entre el padre, la madre y el hijo, las mismas son:

1. *Legal*: cuando es la ley que establece el vínculo paterno y/o materno derivada de ciertas situaciones de hecho, por ejemplo, de una prueba de nacimiento e identificación del recién nacido en el caso de la maternidad.
2. *Voluntaria (o negocial)*: cuando el emplazamiento se produce a través de una reconocimiento, expreso o tácito, del hijo.
3. *Judicial*: cuando la filiación se establece por medio de una sentencia que declara el vínculo entre el padre y/o la madre no reconocido, con el hijo, en base a las pruebas que se ofrezcan en el proceso.

El CCyCN establece en el art. 579 que en los casos de filiación se admiten las pruebas genéticas o cualquier otra prueba que pueda demostrar que hay un nexo biológico entre el padre y el hijo. En caso de no contar con este material de prueba, por negativa del demandado a las pruebas, se declarará la paternidad en consecuencia del indicio.

Por otro lado se encuentra una base legal a la Ley N° 23.511 del Banco Nacional de Datos Genéticos sancionada en el año 1987 el cual su finalidad es “obtener...información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”¹⁷. Aquí un fundamento importante al momento de

¹⁷ Art. 1. Ley N° 23.511 del 13 de mayo de 1987. Banco Nacional de Datos Genéticos.

determinar la filiación, ya que como manifiesta esta ley lo que se pretende es esclarecer el conflicto suscitado en materia filiatoria.

Medina y Roveda (2016) incorporan una cuarta manera de determinar la filiación

4. *Por consentimiento informado* para realizar la técnica de reproducción humana asistida.

El presente trabajo tiene su mirada puesta en la filiación determinada de forma judicial.

Conclusiones parciales

Lo destacable del presente capítulo es que la persona desde su concepción ya contrae derechos (supeditados al nacimiento con vida), uno de esos derechos, protegido por Tratados Internacionales, es a tener una familia. La familia que importa a éste TFG es la familia de progenitores y sus descendientes.

Hay diferentes formas de constituir una familia ya que en la actualidad se admite la filiación biológica, adoptiva o por reproducción asistida. La que interesa aquí es la biológica, es decir por consanguinidad del padre y el hijo, y el establecimiento del nexo biológico entre ellos.

A su vez, el hecho de que el hijo pueda conocer su verdad biológica, el derecho a la identidad, a una familia, están fundados en los tratados internacionales los cuales coinciden unánimemente que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y merecen la protección del Estado.

Uno de los derechos que tiene la persona con respecto a la familia, es el saber el estado que le compete como atributo adquirido, el que se halla íntimamente

vinculado con el derecho a la identidad, es decir que lo que se pretende es conocer la posición jurídica que posee la persona dentro de una familia.

El principal estado de familia que se estudia en este trabajo es la posición jurídica de “hijo”. Este estado se reclama ante los tribunales de familia y cuando dicha reclamación de la determinación de la filiación se hace de manera judicial, es donde entran en juego los medios de prueba para determinar la paternidad y el más utilizado es el ADN.

CAPITULO 2

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CORRESPONDIENTES AL
HIJO EN EL PROCESO FILIATORIO Y LOS MEDIOS DE PRUEBA**

En el presente capítulo se estudian los derechos fundamentales con jerarquía constitucional atinentes a la persona que reclama ser hijo o por la que se reclama en el proceso de filiación, ellos son el derecho a la identidad y a la familia.

Por otro lado se analizan los medios de prueba en dicho proceso, los que surgen del artículo 579 del Código Civil y Comercial de la Nación, las pruebas genéticas y más precisamente se estudiará el ADN, su evolución, significado y grado de certeza.

2.1 Derechos fundamentales atinentes a quien reclama ser hijo en un proceso filiatorio

Los derechos más relevantes y a tener presente en este trabajo son el derecho a la identidad y el derecho a la protección familia, ambos con jerarquía constitucional y a considerar primordiales en los juicios de reclamación de filiación.

A continuación se desarrolla el marco normativo que resguardan estos derechos y el deber del Estado a protegerlos.

2.1.1 Derecho a la identidad o a conocer la verdad biológica y el derecho a la familia

Los derechos de conocer la verdad biológica o a la identidad y a la familia atinentes a una persona tienen jerarquía constitucional atento al art. 75 inc. 22¹⁸ de la

¹⁸ Art. 75 inc. 22. (...) “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; (...) la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta

Carta Magna, del cual surge que ciertos tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, entre los cuales se encuentran por un lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que garantiza la protección de la familia en su art. 17¹⁹ y por el otro la Convención sobre los Derechos del Niño la cual estipula en su art. 8²⁰ el compromiso de los Estados a garantizar el derecho del niño a preservar su identidad, inclusive las relaciones familiares y en caso de ser privado de ella debe prestar asistencia y protección para restablecer su identidad.

Por otro lado en el derecho infraconstitucional, el art. 11 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes prescribe que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia (...)²¹

Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (...).

¹⁹ Art. 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Protección a la Familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. (...)

²⁰ Art. 8. Convención sobre los Derechos del Niño.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

²¹ Art. 11. Ley N° 26.061 del 26 de octubre de 2005. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El hecho de que estos tratados impongan al Estado el deber de garantizar el derecho a la identidad y la protección de la familia, debe entenderse que es el Estado a través de los magistrados y tribunales los que deben actuar conforme a dicha normativa cuando se les presentan casos puntuales en materia filiatoria, por lo que deben asegurarle a la persona que reclama el derecho a la identidad y/o el derecho a saber la verdad biológica. Así, los jueces tienen potestad para solicitar medidas que aseguren dicho derecho y de allí surgen las pruebas genéticas que comprueban o no la paternidad de una persona.

2.2 La prueba en el proceso de filiación

La prueba es una etapa fundamental en el proceso filiatorio, aquí se aportan todos elementos de juicios relevantes que permitan demostrar la existencia del vínculo biológico. La prueba con mayor relevancia para determinar la paternidad es la prueba genética.

El art. 710 del CCyCN es categórico al afirmar que “los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

El art. 579 del CCyCN ante las acciones de filiación admite toda clase de pruebas e incluye la prueba genética, estipulando:

Artículo 579.- Prueba genética. 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 por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos (...) ²²

Dicho artículo consagra la amplitud de pruebas en los procesos atinentes a filiación, sumando las pruebas genéticas, dados los avances científicos actuales. Se debe advertir, además, que la normativa faculta al juez a disponer la realización de dichas pruebas.

Resulta menester destacar que el artículo citado no brinda prioridades probatorias, encontrándose todas en pie de igualdad. Pero sobre esta cuestión, en la práctica, deben hacerse salvedades, ya que no puede o no debería el juez peticionar una prueba genética sin antes estarse por otros medios o hechos que hagan de la cuestión fáctica una verdadera probabilidad de que el demandado es el padre, como por ejemplo, solicitarse una prueba testimonial a personas que puedan dar fe de que al momento de la concepción, existía algún tipo de relación entre la madre y el presunto progenitor. Por lo que es necesario que el juez de cierto orden de prioridad a las pruebas filiatorias.

Al decir Méndez Costa (1989) se practicará la investigación genética cuando la pretensión "apareciere verosímil o razonable", refiere a que no podría exigirse la prueba genética "sin antes haber demostrado por cualquier otro medio que el hecho de la filiación demandada es posible".

Esto, a nuestro parecer, por cuanto el presunto progenitor cuenta con derechos sobre su propio cuerpo y sobre su intimidad que para ser dejados de lado se precisa una probabilidad o cierta certidumbre.

²² Art. 579 del CCyCN.

En las acciones filiatorias la finalidad que tiene la prueba de la prueba es el descubrimiento del vínculo biológico, es decir aquel que muestra la existencia o no del vínculo de sangre, sea paterno, materno o filial.

La ley no impone una determinada clase de medios probatorios ni la fuerza o valoración probatoria que deba poseer cada una, sin embargo es evidente la importancia de las pruebas genéticas, dada su objetividad y fiabilidad. Pero la admisión de toda clase de pruebas que reconoce la legislación no significa que los magistrados vayan a proveer la totalidad de los medios probatorios ofrecidos por el actor o demandado, sino únicamente aquellos que sean conducentes y pertinentes para la dilucidación del nexo genético. En el proceso de filiación el juez tiene el poder-deber de impulsar el trámite procesal y producir de oficio si son necesarios todos los medios probatorios que sean necesarios para llegar a la verdad de la existencia del vínculo genético. Bosch Madariaga (2003) considera respecto a este poder-deber del juez que éstos “cuentan con una serie de facultades tendientes al avance del proceso” y agrega “que una simple extracción de sangre puede ser ordenada de Oficio” (p. 6).

Con respecto al poder-deber del juez de impulsar el proceso y la disposición de oficio de las pruebas, se debe tener en cuenta que las medidas probatorias no deben afectar la moral y la libertad de partes del proceso. Así mismo, para los medios probatorios que no estén regulados, el juez podrá aplicar la analogía para las disposiciones que sean semejantes²³.

²³ Art. 378. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2.2.1 La prueba genética

Las pruebas genéticas o biológicas son pericias científicas que se realizan sobre el cuerpo humano, vivo o muerto, y más precisamente sobre la base de muestras orgánicas de él. Dichas pruebas se realizan partiendo de la comparación de grupos sanguíneos, del cotejo de sus caracteres morfológicos y fisiológicos que se van transmitiendo de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas. La finalidad de las mismas es contribuir a la individualización o identificación de las personas físicas.²⁴

Según un fallo nacional de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la filiación y su prueba biológica se han apoyado en conocimientos provenientes de tres campos diferentes:

- a) el derecho, que ha establecido las normas de regulación de la familia como célula social básica; b) la medicina y la biología, que han aprovechado los progresivos conocimientos sobre la fecundación, la gestación y la transmisión de los caracteres genéticos de padres a hijos, para demostrar la maternidad y la paternidad biológicas; y c) las matemáticas y fundamentalmente la estadística, que han proporcionado las fórmulas para conocer la distribución poblacional de las variables genéticas.²⁵

2.2.1.1 Evolución histórica de la prueba genética

La problemática sobre determinar la paternidad viene dado desde la existencia de los seres humanos generando un dilema.

²⁴ Recuperado el día 15/09/2018 del <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/A.D.N.-Y-LA-NEGATIVA-A-SMETERSE-A-LA-PRUEBA-PERICIAL-BIOL%C3%93GICA.-Escobar.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%>.

²⁵ “*Caracciolo, José c/ Gianelli, Arnaldo (su sucesión) s/ Filiación*”, del 29/8/2007.

Chieri Primarosa y Zannoni (2014) manifiestan que las pruebas biológicas comenzaron a gestarse en el año 1853 cuando Gregorio Mendel en un Monasterio en Brünn – ex Checoslovaquia – comenzó a realizar experimentos con plantas que lo llevarían a enunciar las “leyes de la herencia” o “leyes de la segregación mendeliana”.

Podría decirse que Mendel fue quien marcó el comienzo de la genética, aunque su trabajo fue ignorado hasta después de su muerte. Éstas prácticas con pruebas biológicas fueron evolucionando con el pasar de los años abriéndose camino hacia la medicina legal (Ghersi, 2003).

Es en el año 1900 en el que se descubre el sistema de los grupos sanguíneos mediante dos antígenos, A y B. Dicho sistema es conocido como ABO reconocido hasta 1915 y dilucidado como patrón de herencia en el año 1924.²⁶

Posteriormente en el año 1940 se descubre el sistema RH seguido del descubrimiento de nuevos subgrupos: C, D y E. En este caso los tipos de RH dependen de la ausencia o presencia del gen D. Si hay presencia de D, el RH es positivo, si el gen D está ausente el RH es negativo.²⁷

Luego aparece el sistema HLA (Antígenos Humanos Leucocitarios)²⁸. Dicha técnica también permite establecer la paternidad mediante patrones hereditarios, pero de una manera más sofisticada.²⁹ La utilización de ésta técnica de ADN llegó a resultados de paternidad probable de un 98,35%, porcentaje elevado pero insuficiente y no aprobado por organismos internacionales, y que si era utilizada debía complementarse con otros sistemas (Chieri Primarosa y Zannoni, 2014).

²⁶ Ghersi, Carlos A. (2003). *Prueba de ADN. Genoma Humano*. Buenos Aires: Universidad.

²⁷ Ghersi, C., ob. cit., p. 29.

²⁸ Ghersi, C., ob. cit. p. 30.

²⁹ Recuperado el día 16/09/2018 de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100008.

La técnica ADN se realizó por primera vez en el año 1987 en Estados Unidos por un tribunal de la Florida.

Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéticos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o de la maternidad mediante la técnica ADN es irrefutable. Desde mediados de la década de los noventa, esta técnica se encuentra catalogada como tecnología de punta, ya que ofrece certeza, permite establecer la verdad y descartar toda posibilidad de duda (Mojica Gómez, 2003).³⁰

De ellos surge que el ADN es la prueba biológica por excelencia, brindando más certeza que cualquier otra en la actualidad y a lo largo de la historia.

2.2.1.2 Tipos de pruebas biológicas o técnicas de laboratorio

Existen diferentes tipos de pruebas biológicas que van desde el estudio de los factores sanguíneos, de cabello, de saliva, hasta los parecidos externos o las enfermedades hereditarias.

Así se puede mencionar los tipos de pruebas

- **Antropomórficas:** este medio se basa en comparar caracteres externos entre el hijo y el presunto progenitor. Se tienen en cuenta desde el cabello hasta los pies. Se toman en cuenta estos caracteres, inclusive los más raros rasgos entre estos dos sujetos dan una probabilidad de nexo biológico entre ambos.

Este tipo de prueba en la práctica jurídica actualmente está descartado debido a que no reúne los requerimientos mínimos para aceptarlo como medio prueba y no bastan por sí solos para tenerlo como probado; no obstante, puede contribuir como elemento de convicción para el juez (Gherzi, 2003).

³⁰ Ídem anterior.

- Enfermedades hereditarias: este tipo de prueba busca la coincidencia de enfermedades que pueden transmitirse de generación en generación constituyendo otro modo de comprobar el vínculo, ejemplos de este medio es la coincidencia de tener entre reclamante y demandado labios leporinos, epilepsia, hemofilia, etc.
- Pruebas hematológicas: las mismas son estudios realizados sobre las características sanguíneas de los sujetos en cuestión. Se pueden dividir en estudios de los grupos ABO, buscándose la presencia de antígenos A y B y en ausencia de ellos pasa a denominarse cero; por otro lado estudios de RH, con sus variantes positivo o negativo y son complemento del estudio de ABO y por ultimo un examen que permite el factor M y S. Estos exámenes permiten determinar compatibilidades o incompatibilidades entre los sujetos.
- El estudio de ADN: con dicho examen puede compararse el material genético de una persona con otras para determinar si son sus padres, esto basado en que cada una de las personas recibe el cincuenta por ciento del material biológico que posee de cada uno de sus progenitores. El mismo puede realizarse a través de la extracción de sangre o por materias orgánicas como el cabello o piel.³¹

2.2.2 Importancia del ADN en el juicio de filiación

Se observa una gran importancia de la prueba de ADN en el proceso civil para la determinación del vínculo filiar. Esta prueba se lleva a cabo comúnmente en los procesos penales para la identificación del autor de un delito, pero también es

³¹ Recuperado el día 15/08/2018 de <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/A.D.N.-Y-LA-NEGATIVA-A-SMETERSE-A-LA-PRUEBA-PERICIAL-BIOL%C3%93GICA.-Escobar.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%>.

sumamente importante este tipo de prueba en los procesos donde es necesaria la certeza del vínculo genético entre el padre e hijo.

Al momento de la formación del cigoto, que es la unión del espermatozoide del padre y el óvulo de la madre, se recibe el cincuenta por ciento de células derivadas de cada progenitor creando, almacenando y transmitiendo el material genético (ADN) al niño concebido (Chieri y Zannoni, 2014). Al realizar la prueba de ADN con los profesionales y elementos especializados, si a quien se le extrajo la información genética es compatible con el ADN del hijo, éste gracias a esta prueba llevada a cabo mediante técnicas de laboratorio, será el padre biológico; si los ADN a comparar no son compatibles se concluye la exclusión de la paternidad.

Estos tipos de pruebas científicas, son las que ofrecen con mayor exactitud un resultado certero, la filiación verdadera y/o la verdad real y no presunta de la paternidad atribuida a una persona, sin lugar a dudas es “una herramienta idónea para que jueces y letrados hallen la verdad final” (Verruno, L., Haas, E., Raimondi, E. & Legaspe, E., 1996). No se puede presumir la paternidad derivada de una inferencia lógica que realiza el juez. Como referencia Bosch Madariaga (2003) “la prueba de ADN no es una prueba complementaria, sino un método principal y autosuficiente para arribar a una conclusión”.

La doctrina de manera unánime considera “que los avances científicos han logrado un grado de certeza imposible de imaginar hace algunos años”. La presunción es de consideración pasada, hoy dado el avance científico no es posible deducir la paternidad en consecuencia de una presunción (Bosch Madariaga, 2003, p. 4).

Caramelo, Picasso y Marisa Herrera (2015), en comentario al art. 579 del CCyCN y acerca de la importancia del ADN mencionan lo siguiente:

Sucede que el avance de la ciencia ha permitido que la prueba de ADN, o de identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, sea el método más revolucionario de identificación de personas; un método que ha sido de gran utilidad, tanto para el campo penal como para el derecho filial. En la actualidad, esta es la manera de determinar la inclusión o exclusión de un vínculo filial puesto en crisis o controvertido.

La ventaja que esta prueba ofrece se debe a que el material a extraer, ya sea milímetros de sangre, semen, saliva o cabello, precisa de una cantidad ínfima de material para su comparación (Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, 2007 citado en Alesi, 2015). Aun así lo expuesto, se debe tener prudencia al momento de solicitar estos tipos de pruebas, ya que el demandado puede fundarse en derechos constitucionales a los fines de no someter su cuerpo a pruebas periciales.

2.2.2.1 Modos de realización del examen de ADN

La prueba genética puede realizarse como se mencionó ut supra mediante muestras de piel, sangre, cabello o saliva.

- Saliva o hisopado de la mucosa bucal: esta muestra da acceso a miles de células que se encuentran en la lengua, boca o mejillas. Posee igual grado de certeza que una muestra de sangre. Entre las ventajas de la utilización de ese método, se pueden mencionar las siguientes:

- a) no es invasivo, ya que no precisa de punzar la piel, no hay agujas ni sangre, evitando traumatismos, infecciones y ansiedad; b) es fácil, al requerir únicamente un suave raspado de la parte interna de la mejilla, siendo suficiente un total de 4 a 8 hisopos por persona; c) los hisopos no son sensibles al tiempo ni a la temperatura, a diferencia de las muestras de sangre; d) al no usar tubos de vidrios, se evita pérdida de las muestras por rupturas; e) no tiene restricción de edad; f) es un método

científicamente aceptado ya que provee un poder de exclusión de paternidad al 99% (Chieri Primarosa y Zannoni, 2014, p. 233-234).

A su vez, Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga (2007 citado en Alesi, 2015) adiciona como otros modos de realizar el examen de ADN la

- Extracción de cabellos: en este caso el material genético se halla en el folículo capilar de la base del cabello, por lo que al quitar el cabello se debe cuidar la preservación de esa parte, y;
- Muestras de sangre: la muestra de sangre puede obtenerse a través de punción venosa (5 mililitros) o por punción dactilar, pinchando algún dedo de la mano y extrayendo 3 o 4 gotas de sangre. Luego se guardan en un recipiente con anticoagulante.

Conclusiones parciales

Todas las personas tienen consagrado constitucionalmente el derecho a conocer sus orígenes o la verdad biológica a través como así lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Cuando el reconocimiento de la paternidad no se da de forma natural o aunque se hubiere dado existe duda acerca del progenitor de una persona el Estado debe intervenir garantizando la protección del derecho de quien reclama su identidad y está obligado a restablecer ese perjuicio ocasionado mediante la intervención de los tribunales de familia. A través de la normativa de acciones filiatorias se da lugar al reclamo y a la averiguación de la verdad biológica y para el esclarecimiento del vínculo biológico se posibilita la amplitud de medios probatorios.

El art. 579 del CCyCN establece que es posible ofrecer pruebas de cualquier clase, sin embargo, la prueba más eficaz y que brinda absoluta certeza sobre la verdad hijo-padre, es la prueba de ADN ya que permite tomar muestras genéticas de ambas personas comparándolas y arrojando un resultado casi del 100 de compatibilidad o incompatibilidad. Estas pruebas se pueden llevar a cabo con muestras de saliva o hisopado bucal, mediante la extracción de cabellos o muestras de sangre.

Sólo será necesario que el juez previo a solicitar este tipo de pruebas considere que la paternidad reclamada sea “verosímil o razonable”, es decir, que exista una cierta probabilidad del vínculo entre el presunto padre y el hijo, mediante otra prueba que de sustento a la pretensión.

CAPITULO 3

LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A REALIZARSE UN ANALISIS

DE ADN EN EL PROCESO DE FILIACIÓN

El capítulo a desarrollar tiene como eje central la consecuencia ante la negativa del demandado a realizarse una prueba de ADN en el proceso filiatorio. Sobre esta particularidad se estudia la normativa que hace de esa negativa un indicio en su contra. Seguido se establece la diferencia entre el indicio y la presunción. Luego, se menciona la extracción compulsiva de sangre como medio para comprobar la paternidad.

Por otro lado también se analizan los derechos fundamentales que asisten al demandado en los que podría resguardarse para negarse a realizarse estas pruebas genéticas, como son el derecho a la intimidad y a no declarar contra sí mismo.

3.1 Conductas del demandado ante las pruebas genéticas

El demandado puede asumir diferentes actitudes al momento de tomar conocimiento de que se le ha solicitado a que aporte las pruebas genéticas para la exclusión o inclusión de la paternidad en el juicio de filiación.

Cuando el presunto progenitor es llamado a someterse a una prueba de ADN en las acciones de filiación, tiene dos opciones: realizárselas (lo que tendrá consecuencias en torno al resultado mismo de la prueba, es decir si resulta ser el progenitor o no) o no hacerlo. Ahora bien, sobre esta última opción hay que realizar una salvedad, ya que hay una distinción entre negarse a realizarse las pruebas de ADN y oponerse a hacerlo (Castro, 2004).

Cuando el demandado se niega a realizarse dicha prueba, se está hablando de que el mismo no quiere hacerlo invocando su derecho constitucional a no someter su cuerpo a una prueba que no desea o alega su derecho a la intimidad.

Otra conducta diferente es oponerse, lo que consiste en no querer realizarse la prueba por motivos justificados. Ejemplo de ello es un demandado que practique

como religión la Testigo de Jehová, ya que ellos no permiten la manipulación de sangre (como sería la extracción de sangre para realizar el estudio de ADN), o por cuestiones de salud. Sin perjuicio de que el ADN puede realizarse con muestras de otro tipo de materia orgánica como saliva o piel.

3.2 Legislación acerca de la negativa del demandado a realizarse las pruebas de ADN

Como se ha desarrollado, el CCyCN en su art. 579 trata la temática de las pruebas genéticas en las acciones de filiación. Este mismo artículo en su última parte estipula la consecuencia de la negativa del demandado a realizárselas, así:

Artículo 579.- Prueba genética. 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 por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.³²

De la última parte del citado artículo se desprende que la negativa del demandado a realizarse las pruebas de ADN configura un "indicio grave" en su contra.

Ahora bien, hay otra normativa que también regula el caso, ella es la Ley N° 23.511 que en su art. 4 dice:

³² Art. 579 del CCyCN.

Artículo 4°. - Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. (...) ³³

Para la ley constituye un indicio contrario a la posición del renuente, por lo que el CCyCN se expide en igual sentido que la ley, con la salvedad de que para el Código la negativa constituye un "grave" indicio.

El Código Civil y Comercial Comentado explica

Que la negativa sea un “indicio grave” significa que no se necesita, de manera obligatoria o como requisito sine qua non, otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y que, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación (postura semejante a la presunción). No obstante, si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa — y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica —, ella deba ser incorporada al proceso.

No se debe perder de vista que la ley tiene un valor pedagógico muy fuerte. Por lo tanto, que el nuevo texto civil destaque que, más allá de la negativa al sometimiento a la prueba genética — a la cual se le da un gran valor — esta puede ir acompañada de otras pruebas — si es que ellas existen o hay posibilidades de que sean agregadas al proceso — es una postura legislativa novedosa que está en total consonancia con el respeto por el derecho a la identidad; en este caso, por la identidad que supone alcanzar la verdad biológica en la mayor medida posible, y siempre teniéndose en cuenta todos los derechos involucrados (p. 318). ³⁴

³³ Art 4. Ley N° 23.511 del 13 de mayo de 1987. Banco Nacional de Datos Genéticos. Su creación.

³⁴ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II.

Es decir, la Ley N° 23.511 consagraba simplemente la negativa como un indicio, pero el CCyCN se acoplo a una postura más cercana a la presunción (diferencias que se destacaran en el título siguiente), si bien no declara en sí que la negativa declara la presunción de paternidad por sí misma, deja lugar a los magistrados para que puedan optar por esta alternativa, o bien, en consonancia con el derecho a la identidad de la persona, pueda solicitar alguna otra prueba complementaria en búsqueda de la verdad biológica del solicitante y no meramente una presunción jurídica.

Cabe agregar que es necesaria una conducta procesal favorable destinada a aportar las pruebas necesarias por parte del demandado, aunque ello lo lleve a prestar un mínimo sacrificio de su parte, ya que alegar la negativa a la prueba pericial lo colocaría en una posición desventajosa. Así mismo, quien reclama la filiación, aun si el demandado se negara, debe de aportar pruebas que demuestren la verosimilitud de la filiación que se pretende (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2009).

3.2.1 Diferencia entre indicio y presunción

Respecto al tema sub examine algunos doctrinarios entienden o al menos invocan diversos vocablos como si se trataran de significados equivalentes.

Así conjetura, sospecha, indicio, presunción son términos utilizados como sinónimos³⁵ por lo que es menester destacar su diferencia.

Específicamente en lo atinente a indicios y presunción, y más allá de lo precedentemente expuesto, se coincide con la doctrina más extendida que se inclina

³⁵ López-Puigcerver, C. en Bueso Sánchez, M. (2001-2002). De las presunciones e indicios. Recuperado el día 20/12/2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831674>.

por la diferenciación en el contenido y extensión de estos conceptos. Si bien tanto “el indicio como la presunción son posturas que no logran llegar a la verdad - en este caso el lazo biológico -, sí permiten extraer determinadas consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento”³⁶.

Aparece como relevante lo expresado por Castro (2004) en cuanto a que el indicio acumula e interpreta todos los hechos y circunstancias que pueden arribar a descubrir la verdad de un hecho del cual no se tiene un conocimiento certero. El indicio permite inferir la existencia y modalidad del hecho y continúa la autora – apelando a Vázquez – señalando que el indicio constituye la génesis de la presunción, es decir, ésta encuentra su nacimiento en el indicio.

En esa línea de razonamiento, el indicio es la que aparece como una huella, surco, estela, rastro que debidamente comprobado es posible de conducir – por vía de la inferencia – al conocimiento de otro hecho desconocido (Dellepiane en Peláez Vargas, 1974). Oderigo en Castro (2004) entiende al indicio como una circunstancia cierta de la cual se puede obtener el antecedente que permite formar opinión sobre la existencia de un hecho, mientras que la presunción es el efecto que ese antecedente produce en el ánimo del juez sobre esa existencia fáctica.

Ahora bien respecto a la presunción, ésta conforma el ejercicio intelectual del juez de la cual su finalidad es arribar a conclusiones dado los hechos conocidos (indicios) para inferir la existencia o no de otro hecho desconocido (Chieri y Zannoni, 2014).

Más allá de estas consideraciones, la operatividad tanto del indicio como de la presunción debe meritarse en la praxis en los casos puntuales ventilados, esa

³⁶ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. p. 318.

operatividad estará sujeta a que el juez considere “verosímil o razonable” la pretensión esgrimida por el reclamante de la filiación (Mizrahi, 2004).

Ejemplo de esta diferencia en la praxis de esta investigación se expone que el indicio es la conducta negativa que asume el demandado al rehusarse a proveer el examen de ADN solicitado en el desarrollo del juicio para la verificación del vínculo genético que demanda la parte actora. Así, si el demandado se niega a realizarse las pruebas de ADN ello le da al juez pautas de que existe una amplia probabilidad de que lo hace porque es el progenitor. Por otro lado, si el juez de la negativa del demandado, hace devenir como consecuencia la sentencia de que por esa razón él es el progenitor, sin más rodeos, esa consecuencia es una presunción derivada del acto de la negativa.

Por otro lado, se agrega la opinión de Azpiri (2012) en cuanto si la negativa de someterse el demandado a las pruebas de ADN constituye un indicio, el mismo debe ser corroborado con otros elementos de pruebas que permitan al juez tener la convicción que entre el presunto padre e hijo existen vínculos de sangre. Como por ejemplo la relación del demandado con la madre en la época de la concepción (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2009).

Es a la luz de este marco conceptual propuesto que se debe analizar la negativa o renuencia a someterse a las pruebas biológicas pertinentes.

3.3 Extracción compulsiva de material genético ante la no voluntad del demandado a realizarse los exámenes de ADN

Se discute, en torno a las acciones de filiación y la negativa del demandado a realizarse el examen de ADN, si es posible para llegar a la verdad real biológica

realizar el examen a través de la extracción compulsiva de material genético del renuente.

Esto por cuanto el Código Civil y Comercial de Nación no le brinda al juez la opción de ordenar medios compulsivos, pero tampoco lo prohíbe. Autores como Mizrahi (2004) opinan en comentario al art 4° de la Ley N° 23.511 que una interpretación de esa magnitud significaría convertir a la norma en inconstitucional. Ésta autora manifiesta que al no estar prohibido, podría considerarse que el órgano judicial si tiene la facultad para ordenar la prueba y con ello no se vulneraría los derechos constitucionales del demandado.

Andrade (2009) hace referencia a un fallo donde se sienta un precedente de este tipo. Es en el Tribunal de Familia Nro. 5 de Rosario del año 2004. Los hechos son distintos al tema en cuestión, debido a que el padre (extramatrimonial) era quien solicitaba la verdad biológica, dudando de su paternidad, y ante la negativa de la madre de la menor a realizarse la prueba de ADN el Tribunal respondió ordenando que se librase mandamiento para que el Oficial de Justicia correspondiente se presentara en el domicilio materno para solicitar a la madre a concurrir a un instituto de genética junto con la hija, a los fines de realizar las pruebas de ADN con muestras de hisopado bucal. Y se agregó, que en caso de negativa a concurrir a dicho instituto se procedería al “uso de la fuerza pública para cumplir la medida (...) facultándose a allanar domicilio si fuera estrictamente necesario”.

De esta manera se puede asimilar el caso con el artículo 218 bis el Código Procesal Penal de la Nación estipula:

Artículo 218 bis: Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación

de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal.

Dicho artículo presenta características muy interesantes para las acciones filiatorias, por un lado al estipular "El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización"³⁷ y si bien está limitando la extracción compulsiva de material solo a lo estrictamente necesario le está dando lugar a dicha medida, por lo que la corriente doctrinaria que está a favor de la extracción compulsiva se basa en la analogía a esta norma. Es destacable que ello por cuanto ambos derechos (el derecho penal y la

³⁷ Art. 218 bis. Código Procesal Penal de la Nación.

búsqueda de la verdad biológica) buscan la verdad real, por lo que no hay más certeza que la que brinda este tipo de pruebas.

Otro sustento doctrinario considera como imprescindible la “utilización de métodos compulsivos para la realización de las pericias genéticas” y “no parece acertado que una actitud renuente se constituya en fuente de derecho, esterilice el proceso estancándolo en una vaga presunción.” (Bosch Madariaga, 2003, p. 4, 5)

Pero, por otro lado, esta norma también serviría de fundamento a quienes no están a favor de la extracción compulsiva sobre el propio cuerpo del demandado, ya que el artículo en cuestión brinda la posibilidad de extraer material genético de diferentes objetos, así el juez "podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo"³⁸, por lo que no es imprescindible la extracción de sangre para llevar a cabo esta prueba.

3.4. Derechos constitucionales atinentes al presunto progenitor

Desde que se ha puesto en práctica el derecho a conocer la verdad de origen o a la identidad, materializándose en las acciones de filiación y más precisamente ante el sometimiento a realizarse las pruebas genéticas, los tribunales se enfrentaron a diversos problemas teniendo que decidir sobre ellos ya que han sido llamados a resolver entre el derecho fundamental mencionado correspondiente al hijo y por otro lado se encontraban, como bien menciona Mizrahi (2004), con el derecho a la intimidad y a no autoincriminarse.

³⁸ Art 218 bis. 4° párrafo. Código Procesal Penal de la Nación.

3.4.1 El derecho a la intimidad

Hay quienes diferencian entre el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad de una persona, como así también hay quienes consideran que estas palabras intimidad-privacidad son sinónimas.

Antes de analizar esta cuestión, se debe señalar el marco normativo que resguarda este derecho. Así a nivel nacional el CCyCN en el art. 1770, hace mención a la “Protección de la vida privada” y señala

El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias.

La Constitución Nacional en el artículo 19 estipula que:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Dentro de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y que protege el derecho bajo estudio se encuentra

La Declaración Universal de Derechos Humanos art. 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 11 “Protección de la Honra y de la Dignidad”

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo art. 17 dice que

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Se puede observar que el derecho amparado por estas normas puede ser manifestado por el demandado a los fines de no proceder a realizarse las pruebas genéticas para la determinación de la paternidad dado que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias”.

Ahora bien continuando con la diferencia o semejanza entre el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad de una persona se encuentra así a Bidart Campos (2006) quien no distingue entre intimidad y privacidad, sino que considera estas palabras como sinónimas y hace referencia a que ambos derechos se resguardan

en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así, intimidad sería el ámbito privado de una persona del cual no es posible acceder sin que este manifieste su consentimiento de intromisión y privacidad es la “zona de reserva” exclusiva de la persona en el cual puede realizar acciones a la vista de los demás siempre y cuando estas acciones no perjudiquen a terceros.

Basterra (2009) también vincula el derecho a la intimidad con el derecho a la privacidad, donde la intimidad sería una especie del género privado, “lo íntimo es más íntimo que lo privado”. En lo que incumbe al derecho a la intimidad, nadie puede tener conocimiento de lo más íntimo de un individuo a menos que la persona manifieste su consentimiento, tal y como también lo expresa Bidart Campos (2006) en el párrafo precedente.

Las normas señaladas al comienzo de este apartado resguardan el derecho a la persona a no ser menoscabo en su intimidad, en su vida privada, en su honra y dignidad, nadie puede ser sometido a injerencias arbitrarias por parte de los jueces, pero cabe señalar una salvedad en relación al artículo de la Constitución Nacional y al problema de investigación. Cuando menciona que las acciones privadas que no perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados se puede deducir que el mismo artículo limita este derecho en función del ejercicio de los derechos por parte de un tercero que podría verse perjudicado, el que en el caso puntual será la persona que busca su verdad biológica y la acción que vulneraría este derecho a la identidad es aquella que manifiesta el demandado a no someterse a las pruebas genéticas.

La conducta que asume el demandado en el proceso filiatorio, es una acción – como se mencionó anteriormente – que constituye un perjuicio al derecho de un tercero, de esta manera su derecho a la privacidad se encontraría eliminado por su

propia voluntad al rehusarse a ofrecer las pruebas, ahora bien siguiendo el ejemplo de Bastera (2009) en donde la intimidad es la especie del género privado, lo que quedaría es el derecho a la intimidad, del cual no es posible acceder sin el consentimiento del titular. Así, se toma este criterio en cuanto a intimidad y privacidad, ambos no son términos diferentes, sino que uno incluye al otro.

Así mismo, en cuanto al derecho a la intimidad y el derecho a la identidad cabe recordar que en los juicios filiatorios generalmente se tiene como derecho con mayor peso el de la identidad, por lo que se considera que este es un interés superior que el de resguardar el derecho a la intimidad.

3.4.2 El derecho a no declarar contra sí mismo

El mentado derecho a no autoincriminarse surge del artículo 18 de la Constitución Nacional al consagrar que "Nadie está obligado a declarar contra sí mismo" y hay autores que justifican la negativa del demandado a realizarse las pruebas de ADN en esta norma. Así, Bidart Campos sostiene que:

Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración; no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo. Desde esta perspectiva la garantía constitucional que prohíbe la autoinculpación rige indistinta sea la naturaleza del proceso. Si bien la Corte limita al proceso penal la operatividad de susodicha garantía, la constitución no distingue a ese fin la clase de sumario (penal o no penal). Por ende, inferir de la negativa del demandado a soportar una prueba tan íntima como es prestar su cuerpo a una prueba, que la prueba omitida acredita algo en

su contra, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo, o como tener por absueltas las posiciones en rebeldía (p.154).³⁹

Dicho autor hace referencia no solo al derecho a no autoincriminarse sino que fundamenta aquí su oposición a las extracciones compulsivas de material genético.

En sentido contrario el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de España ha considerado que la toma de muestras genéticas debe estar prevista en la ley y la solicitud de dichas pruebas debe estar fundada en razones convincentes que hagan a la pretensión necesaria. Respecto a los derechos constitucionales que alega el demandado esto no es obstáculo para los magistrados para solicitar otros tipos de muestras como los tejidos corporales y la sangre para efectuar las pruebas de ADN, aún contra la voluntad del reuente..⁴⁰

Bosch Madariaga (2003) menciona lo siguiente

La Corte Suprema de Justicia de la Nación celosa guardiana de los derechos individuales, ha ido modificando su criterio llegando a ordenar la extracción compulsiva de sangre en una cuestión filiatoria, si bien referida a materia penal.

La Corte sostuvo en autos "H. G. S. y O. H.", 95431, 04/12/1995 (La Ley, 1997-C, 376; DJ, 1997-2-591) que: la extracción de una muestra sanguínea no afecta la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

No se encuentran afectados los derechos fundamentales atinentes a la vida, la salud o la integridad corporal de las personas "porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses

³⁹ Recuperado el día 25/09/2018 de http://www.saij.gob.ar/docs-f/dossier-f/derecho_identidad.pdf.

⁴⁰ Recuperado el día 25/09/2018 de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-guardar-silencio-no-638184569>

superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad, y la persecución de crímenes".

No constituye práctica humillante o degradante la intromisión en el cuerpo a los fines de la extracción de la sangre (p. 6).

Se advierte que el objetivo del juicio filiatorio es el derecho a la identidad y este al ser de orden público debe de prevalecer ante cualquier otro derecho alegado por el renuente. Lo esencial es que quien se niega justificando su conducta en el derecho a no autoincriminarse, no considere que el sometimiento a las pruebas genéticas constituyen prueba en su contra, sino más bien, que dado el deber de cooperación que le compete en el juicio para el esclarecimiento de los hechos, coopere aportando la prueba dado la exactitud que la misma ofrece⁴¹.

Conclusiones parciales

En el capítulo en cuestión es de destacar que el indicio no es lo mismo que presunción, el indicio acumula e interpreta los hechos y circunstancias que pueden arribar a descubrir la verdad de un hecho del cual no se tiene un conocimiento certero y la presunción es la actividad intelectual que realiza el juez para arribar a la conclusión de la existencia o no de un hecho desconocido dado los hechos y circunstancias derivadas del indicio – por ejemplo ante la negativa del demandado a someterse a las pruebas genéticas se presume que es el progenitor –.

El CCyCN al establecer un "indicio grave" ante dicha negativa, se entiende que le brinda la opción a los magistrados a establecer una presunción con prescindencia de cualquier otra prueba.

⁴¹ Gherzi, C., ob. cit., p. 81.

Por otro lado, el CCyCN y la ley no estipulan la extracción compulsiva de material genético, pero si el juez entiende que el derecho a la identidad y a la verdad biológica está sobre cualquier otro derecho, podría sustentarse en que estas dos normas tampoco lo prohíben. Sin embargo, la extracción compulsiva se ve limitada por los derechos fundamentales de la intimidad y a no autoincriminarse.

CAPITULO 4

POSTURAS DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

RESPECTO A LA NEGATIVA DEL DEMANDADO A SOMETERSE A LA

PRUEBA DE ADN

En el capítulo presente se tratarán y compararán las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno al hecho de que el demandado se niegue a someterse a las pruebas de ADN en las acciones de filiación.

Por un lado se verán dichas corrientes en base a las tres posturas centrales que surgen, la primera fundamenta que la negativa del presunto progenitor deriva en un indicio y debe ser complementado con otra prueba, la segunda corriente considera que la negativa constituye una presunción en su contra y la tercera menciona a la extracción compulsiva de material genético como medio de prueba para determinar la paternidad. Asimismo, se agrega una cuarta corriente derivada del CCyCN.

Seguido, se estudiarán las tesis con respecto a la extracción compulsiva de material genético, ya que hay corrientes posicionadas a favor y en contra.

Por último, también se analizarán posturas referentes a los derechos fundamentales que alega el demandado ante la negativa de someterse a las pruebas.

4.1 Corrientes doctrinarias ante la negativa del presunto progenitor

Desde que se comenzó a poner en práctica el uso de la prueba genética en las acciones de filiación, existe paralelamente el hecho de que los presuntos progenitores se opongan a realizársela y en base a esta actitud se han sentado tres posturas doctrinarias, y podría decirse que la modificación del Código Civil se ha posicionado en una cuarta.

Las corrientes mencionadas son:

- La negativa constituye o resulta ser un indicio contrario al renuente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 4° de la Ley N° 23.511.⁴² Por constituir solo un indicio y no hacer plena prueba de la filiación, deberá arribarse a una conclusión complementándose con algún otro medio de prueba.⁴³

Dicha postura tiene fundamentos en el art 4° de la Ley N° 23.511 y plantea el hecho de que la negativa por sí misma no es suficiente fundamento para hacer lugar a la filiación en una sentencia, debiendo ser integrada con otro u otros medios de prueba, ya que solo constituye un indicio y debe completarse con otros elementos de convicción. Se entiende aquí que para que la negativa a someterse a los exámenes biológicos constituya un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente, deben solicitarse otras pruebas que la complementen y sólo de esa forma podrá dicha negativa conformar la presunción de paternidad. Empero, ésta se constituye en una “circunstancia especialmente gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que, unidos al indicio que de ella se deriva, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la resolución judicial”.⁴⁴

Se sostiene por otro lado que tal oposición, a aportar la prueba de material genético sin justificación, obstaculizaría un medio simple de implementación y eficaz

⁴² Art. 4 de la Ley N° 23.511.- Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente.

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

⁴³ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. p. 317.

⁴⁴ “Azcurra, Marcela Cristina c/ Granados, Ruben Oscar s/ Filiación”, del 17/12/2008.

en sus resultados, pues tal omisión tiene el signo de impedir una prueba casi decisiva para determinar la paternidad biológica real.⁴⁵

La Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de la Plata en los autos “*E., M. E. c/M., H. A. s/ Reconocimiento de filiación*” planteó que la negativa manifestada por el demandado a realizar las pruebas de ADN configura un indicio grave y relevante, además de considerarse un hecho fuente de presunciones, dado que el método propuesto para determinar la paternidad es hoy en día un alto medio probatorio y casi 100% seguro.

Alesi (2015) menciona que en la jurisprudencia española, se sostiene que:

Dada la ausencia de precepto legal alguno que autorice a practicar por la fuerza la prueba pericial, y aunque no deba concedérsele a la negativa injustificada el valor de una "ficta confessio" —en puridad terminológica, "ficta pericia"—, como además no existe enlace preciso y directo necesario para encuadrarla dentro de la presunción como medio probatorio, sólo queda valorarla como "un indicio muy cualificado" que, en unión del conjunto de otras pruebas, pueda llevar al ánimo del tribunal la convicción de la paternidad postulada (p. 14).

- Una segunda tesis habla ya de presunción, es decir, sostiene que la negativa es una presunción contraria al renuente por lo que dicha conducta hace presumir la paternidad. Para esta posición la oposición injustificada se basta a sí misma para dar fundamento a una sentencia a favor de la pretensión de la filiación.⁴⁶

Así, se sostiene que el resultado contundente que otorgan las pruebas genéticas en cuanto a la existencia o no del vínculo paterno obliga al juez a valorar la negativa

⁴⁵ “*R. R. M. c/B. M. R. s/ Filiación*”, del 07/09/1995.

⁴⁶ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. p. 317.

de una de las partes a someterse a tales pruebas, valoración que será considerada como presunción inminente, además esa obstaculización lo obliga a sentenciar con base en elementos “más inciertos y de difícil acreditación” (Martínez Alcorta, 1986).

En un interesante artículo, Arianna y Grosman (1992) afirman que resulta necesario otorgar a quien reclama la filiación, los recursos para que haga efectivo el derecho adquirido, y señalan que éste derecho pierde su esencia cuando desde la ley y la justicia se permite que el demandado se niegue a una prueba esencial en el proceso para determinar el vínculo. Lo ideal sería mantener en igualdad de condiciones a las partes en el proceso, ya que, de negarse a ofrecer una prueba sustancial – además de convertirse el vínculo filial en una “verdad legal” y no una “verdad real” – se estaría vulnerando el derecho de quien reclama su estado. Ante esta situación, la única salida es considerar la actitud del presunto padre como un reconocimiento de la paternidad, aceptándose prueba en contrario.

Dichos autores preponderan sobre todas las cosas el derecho del hijo a saber su verdad biológica, por lo que permitir que el demandado obstaculice la única prueba que brinda total certeza no da otro remedio que presumir que es el progenitor. Empero, los autores abren la puerta a una nueva prueba que establezca lo contrario.

Famá (2009) sostiene que por sí sola la negativa del demandado a realizarse la prueba genética es suficiente para declarar la paternidad.

Por otro lado, se sostuvo en dos fallos, siguiendo esta línea, que la negativa del presunto progenitor a aportar las pruebas genéticas, las cuales afirman que aportan un alto grado de certeza, constituyen una presunción en contra de quien se niega debido a que “configura un elemento que obra en beneficio de ambos interesados” y busca proteger el derecho a la “verdadera identidad”. Además dicha presunción no es

arbitraria y desde la lógica y normal suceder de las cosas “quien se muestre renuente a colaborar en que la verdad luzca es porque algo tiene que ocultar.”⁴⁷

- La tercera postura sostiene que la negativa a realizarse la prueba de ADN por parte del demandado obstaculiza el objetivo principal que es llegar a la verdad biológica o satisfacción del derecho constitucional a la identidad, el que no es suplido por una simple presunción jurídica. Siendo el único modo de llegar a ello la compulsividad u obligatoriedad de la extracción de material genético⁴⁸.

Bidart Campos en una nota a los autos caratulados “*Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ inc. de apelación*” expone que el indicio y la presunción son posturas que no alcanzan para determinar la verdad del vínculo biológico, sino que de ese comportamiento – negativo – derivan determinadas “consecuencias jurídicas”. De esta manera Bidart Campos, manifiesta que la Corte Federal “ha puesto un límite” a la compulsividad de la extracción de material genético, debido a que, proceder a dicha actividad compulsiva vulnera los derechos del demandado.

- Es menester destacar que el CCyCN al regular el asunto crea una cuarta corriente.⁴⁹ El nuevo Código expresa que la negativa se erige en un "indicio grave" contrario a la posición del renuente. Ellos se interpreta de una manera facultativa para el juez, es decir, se encuentra en el medio del indicio y la presunción, por lo que es facultativo para el juez entender si se precisará de otra prueba que complemente la que no pudo obtenerse para definir por sí o por no la probabilidad que

⁴⁷ “S. C. c/ A. C. s/ Reconocimiento de filiación”, del 19/09/2000 y “B. L. E. c/ A., A. S/Acción de desconocimiento de la paternidad”, del 26/12/2003.

⁴⁸ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. p. 317.

⁴⁹ Código Civil y Comercial comentado. Tomo II. p. 318.

brinda el indicio de la negativa, o bien tomarlo como una presunción que se baste a sí misma.

Así, que la negativa sea un “indicio grave”, basta así misma para proceder a declarar la paternidad y no es necesario aportar otra prueba al proceso para que la conducta omisiva del presunto progenitor tenga fuerza, aunque si hay prueba que aclare el vínculo debe incorporarse (Herrera, 2014).

La Dra. Patricia Clerici en los autos caratulados “T. R. E. C/ C. G. S/ Filiación” adhiere a esta postura diciendo

Entiendo pertinente aclarar que adhiero a la opinión de quienes postulan que el indicio en contra del renuente constituye una presunción idónea por sí sola para el progreso de la demanda, a menos que resulte desvirtuada por prueba en contrario (por ejemplo, esterilidad absoluta)⁵⁰.

De ello deriva que siempre y cuando no existan constancias sumadas a la causa que den fe de lo contrario, el CCyCN autoriza a estimar favorablemente la pretensión de emplazamiento con fundamento en que la negativa del demandado frustró la producción de un medio probatorio esencial.

4.2 Jurisprudencia y doctrina sobre la extracción compulsiva de material genético

En cuanto a la compulsividad de material genético en éste ámbito, si bien la mayor parte de la doctrina se posiciona en contra ello no es pacífico, ya que hay determinadas corrientes que lo demuestran continuando con el debate sosteniendo su

⁵⁰ Recuperado el día 24/12/2018 de <https://www.diariojudicial.com/nota/73737>.

postura en la finalización de la filiación presuntiva, teniendo como objetivo la filiación verdadera.

Ejemplo de la esta posición a favor se encuentran Arianna y Grosman (1992) quienes afirman que la carga procesal de aportar la prueba biológica en el juicio de filiación debe ser exigible y justifican la necesidad de la extracción compulsiva de material genético con el fin de “vencer la resistencia de quien afecta la potestad jurisdiccional y obstaculiza el emplazamiento filial”. Respecto a los derechos constitucionales que el demandado alega a fin de oponerse a las pruebas ut supra mencionadas, estos autores determinan que sólo rigen en materia penal, no así en el proceso civil de determinación de la paternidad.

Andrade (2009) hace referencia al XII Congreso nacional de Jóvenes Procesalistas que se celebró en el año 2005 en Mendoza en el que se concluyó que debe incorporarse la extracción compulsiva de material genético tanto en los procesos penales como en los civiles, dado que siempre debe ser prioritario el derecho a la identidad del niño.

En dicho Congreso la postura de los Jóvenes se fundó en la búsqueda de la verdad biológica del niño y su identidad, lo cual pusieron de manifiesto como derecho fundamental sobre cualquier otro y a cualquier costa.

En la misma línea, Famá (2009) explica que la extracción compulsiva de materia genético del demandado es una “medida idónea” que persigue “contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” cuyo derecho está fundamentado en la ley.

Esta autora recalca la importancia de la prueba de ADN por su exactitud y pregona que los derechos constitucionales del demandado, principalmente el de la

libertad de intimidad, pueden ser sacrificados a la luz de la búsqueda de la verdad biológica y en post de la sociedad en general.

Mencionados algunos autores que se posicionan a favor de la extracción compulsiva de material genético para determinar la paternidad en los procesos filiatorios, cabe señalar que actualmente no hay jurisprudencia que ordene éste método de extracción en el juicio civil, empero si se aplica en casos penales derivados de delitos de lesa humanidad, delito de abuso sexual, entre otros.

Enfrentados a estas posturas se encuentran los opositores a la extracción compulsiva de material genético, basándose la mayoría en los derechos constitucionales del demandado.

Bidart Campos (1991) considera que el solo hecho del indicio en contra del reuente es contrario al art. 18 de la Constitución Nacional de que "Nadie está obligado a declarar contra sí mismo", y dice:

Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración; no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo (p. 153).

Sumados a esta postura se encuentran los que cimientan su opinión en el art. 19 del mismo cuerpo legal (Constitución Nacional) cuando estipula que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Es decir, fundamentan su posición en el llamado Derecho a la Intimidad.

Empero, hay autores que también refutan la justificación de la negativa del demandado a no realizarse las pruebas biológicas amparada en estos derechos constitucionales.

Así, desde que el hijo es concebido no existe ningún derecho a la intimidad o privacidad que pueda alegarse para rechazar aportar las pruebas que permitan al hijo hacer valer el derecho a conocer su identidad biológica y emplazarse en el estado que le corresponde y “más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño” (Zenere y Belforte, 2001).

Castro (2004) hace referencia a un fallo del Tribunal Supremo Español del 15 de marzo del año 1989 en donde se ha sostenido que mantener la decisión de negarse a prestar el propio cuerpo a los fines de someterlo a pruebas inmunogenéticas genera un “fraude a la ley” y es considerado un “ejercicio antisocial del derecho”. El demandado es en el proceso un objeto del cual se extraerá la prueba que permita determinar con exactitud la paternidad y de esa manera establecer el vínculo biológico garantizando el derecho a la identidad de quien la reclama, considerando que los derechos que argumenta el demandado constituyen un abuso de derecho.

4.3 Posiciones que descartan los derechos constitucionales del demandado como fundamento a la negativa a realizarse la prueba de ADN

El fundamento de alegar derechos constitucionales para no ofrecer la prueba de ADN es inaceptable en estos tipos de juicios para determinar la paternidad.

Alesi (2015) menciona al Tribunal Constitucional de España en una sentencia del 17 de enero del año 1994 que declaró que el derecho que alega el demandado – derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad – en el juicio de filiación para establecer la paternidad mediante pruebas genéticas, no se vulnera “cuando se trata de

realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno del proceso”. Por otro lado, se resaltó que en estos tipos de juicios de filiación que implica un reconocimiento del padre al hijo mediante pruebas biológicas, “se produce una colisión de derechos” entre las partes del proceso, pero indudablemente el derecho que prevalece es el derecho del presunto hijo trascendiendo “a los derechos alegados por el individuo afectado”.

Esta primera posición descarta *in limine* la alegación de los derechos constitucionales como negativa a realizarse pruebas biológicas, sobre la base de los vínculos familiares que podrían resultar de la prueba y que preponderan sobre aquellos.

En el juicio caratulado “*Benavidez, Leonardo c/ Serato, Roberto y Otro S/ Filiación*” el Dr. Pettigiani se posicionó en iguales líneas que el anterior tribunal y manifestó “que la prueba biológica en los juicios de filiación no afecta los derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal del demandado” y que “la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre... ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la identidad de origen de los individuos”.

Se agrega además, la votación de la Dra. Kemelmajer de Carlucci quien como juez de la CSJ de la Provincia de Mendoza en la causa “*C. L., M. c. G., A. B*” de fecha 29 de agosto de 1995 expone que la Cámara de Apelaciones afirma que “Las consecuencias que se extraen de la negativa a someterse a estas pruebas no son inconstitucionales. No se compulsan a nadie, sino que se interpreta, conforme a la lógica... la razón de ser de la conducta asumida por la parte”.

En esa dirección, el Dr. Vigo en la causa “*A., M. c. L., C. L.*” de fecha 19 de septiembre de 1991 respecto a la cuestión de que la satisfacción del derecho a la

identidad no vulnera el derecho constitucional a la integridad física aludida por el renuente en el proceso, manifiesta que una pequeña muestra de material genético que se extraiga de su cuerpo requiere un método simple de extracción que no resulta “para nada traumático”, ni degradante para la persona.

Conclusiones parciales

Dada las corrientes doctrinarias, se concluye que pueden crearse diversas ideologías en cuanto a la conducta omisiva del presunto progenitor a aportar material genético para conocer la verdad. Así, se encuentra la corriente que manifiesta la conducta como un indicio, otra corriente que la considera una presunción, una tercera postura que razona la necesidad de extraer compulsivamente el material genético del demandado para determinar el vínculo filiatorio y una cuarta corriente que sostiene que la determinación de la paternidad puede ser establecida al mero entender de los hechos y pruebas que obtenga el juez en el proceso.

De la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado analizado se pone de resalto que la tendencia es hacia no justificar la negativa del demandado bajo ningún derecho constitucional que lo resguarde, así, ni el derecho a la intimidad, tampoco a la integridad física, ni siquiera el derecho a no autoincriminarse, son razones para no aportar la prueba esencial del proceso. Lo relativamente importante es la protección del derecho a la identidad del hijo.

CONCLUSIONES FINALES

Se ha desarrollado la presente investigación a los fines de responder ¿por qué la jurisprudencia aplica la presunción para concluir la determinación de la paternidad en el desarrollo del juicio de filiación, si existen métodos que permiten otorgar certeza a la paternidad desestimando esa presunción?

Como hipótesis se planteó que en la mayoría de los casos a los fines de determinar la paternidad ante la negativa del demandado a someterse a un examen de ADN, los tribunales lo interpretan como prueba suficiente para considerarlo como una presunción de que es el padre del menor. Además debe considerarse que el demandado se encuentra amparado por derechos fundamentales como el de la intimidad y a no declarar contra sí mismo, en los cuales puede sustentar su negativa, por lo que para declararlo progenitor, los jueces para resguardar también estos derechos declaran sin más la paternidad por indicio de la ley.

Como se ha desarrollado, la persona desde su concepción ya contrae derechos (supeditados al nacimiento con vida), uno de esos derechos, protegido por Tratados Internacionales, es a tener una familia. La familia biológica es la que se ha estudiado en el presente TFG (progenitores e hijos, consanguinidad de padre e hijo), y se hace esta aclaración ya que existen diferentes formas de constituir una familia en la actualidad, así se admite la filiación biológica, adoptiva o por reproducción asistida.

Uno de los derechos que tiene la persona con respecto a la familia, es el saber el estado que le compete como atributo adquirido, el que se halla íntimamente vinculado con el derecho a la identidad, es decir que lo que se pretende es conocer la posición jurídica que posee la persona dentro de una familia.

Partiendo de esa familia (biológica) es que todas las personas tienen consagrado constitucionalmente el derecho a conocer sus orígenes o su verdad biológica garantizados mediante los Tratados Internacionales los cuales coinciden

unánimemente que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y merecen la protección del Estado.

Por otro lado, cuando la reclamación del vínculo filiatorio se hace de forma judicial, es en donde entran en juego los medios de prueba para determinar la paternidad y el medio por excelencia es la prueba de ADN. Cuando el reconocimiento de la paternidad no se da de forma natural o aunque se hubiere dado, existe duda acerca del progenitor de una persona, la normativa a través de acciones filiatorias da lugar al reclamo y a la averiguación de la verdad biológica y para ello posibilita la amplitud de medios probatorios.

El art. 579 del CCyCN establece que es posible ofrecer pruebas de cualquier clase, sin embargo, la prueba más eficaz y que brinda absoluta certeza sobre la verdad hijo-padre, es la prueba de ADN ya que permite tomar muestras genéticas de ambas personas comparándolas y arrojando un resultado casi del 100% de compatibilidad o incompatibilidad. Estas pruebas se pueden llevar a cabo con muestras de saliva o hisopado bucal, mediante la extracción de cabellos o muestras de sangre.

Sólo será necesario que el juez, previo a solicitar este tipo de pruebas, considere que la paternidad reclamada sea “verosímil o razonable”, es decir, que exista una cierta probabilidad del vínculo entre el presunto padre y el hijo, mediante otra prueba que de sustento a la pretensión.

Ante la negativa del demandado a realizarse dichas prueba es cuando nacen de la ley, corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que dan a tal acto la significancia de una presunción de que él es el progenitor. En este punto es menester destacar que no es lo mismo indicio que presunción, el indicio acumula e interpreta los hechos y circunstancias que pueden arribar a descubrir la verdad de un hecho del cual no se tiene un conocimiento certero y la presunción es la actividad intelectual que realiza el

juez para arribar a la conclusión de la existencia o no de un hecho desconocido dado los hechos y circunstancias derivadas del indicio – por ejemplo, ante la negativa del demandado a someterse a las pruebas genéticas se presume que es el progenitor—. El CCyCN al establecer un "indicio grave" ante dicha negativa, se entiende que le brinda la opción a los magistrados a establecer una presunción con prescindencia de cualquier otra prueba.

Por otro lado, el CCyCN y la ley no estipulan la extracción compulsiva de material genético ante la conducta negativa que asume el demandado a someterse voluntariamente a las pruebas, pero si el juez entiende que el derecho a la identidad y a la verdad biológica está sobre cualquier otro derecho, podría sustentarse en que estas dos normas tampoco lo prohíben. Sin embargo, la extracción compulsiva se ve limitada por los derechos fundamentales de la intimidad y a no autoincriminarse.

Dada las corrientes doctrinarias, se concluye que pueden crearse diversas ideologías en cuanto a la conducta omisiva del presunto progenitor a aportar material genético para conocer la verdad. Así, se encuentra la corriente que manifiesta la conducta como un indicio, otra corriente que la considera una presunción, una tercera postura que razona la necesidad de extraer compulsivamente el material genético del demandado para determinar el vínculo filiatorio y una cuarta corriente que sostiene que la determinación de la paternidad puede ser establecida al mero entender de los hechos y pruebas que obtenga el juez en el proceso.

Atento a las posturas que adopta la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la conducta que asume el demandado en el proceso, se pone de resalto que la tendencia es hacia no justificar la negativa del demandado bajo ningún derecho constitucional que lo resguarde, así, ni el derecho a la intimidad, tampoco a la integridad física, ni

siquiera el derecho a no autoincriminarse, son razones para no aportar la prueba esencial del proceso.

Ahora al finalizar el presente trabajo y atento la hipótesis planteada, se fundamenta que el indicio que conlleva a la presunción de la paternidad no llega a lograr el objetivo principal en un juicio de filiación de estas características, que es el de lograr la verdad de la identidad biológica. Con una mera presunción solo se llega a una filiación presuntiva, autosuficiente para la ley y tal vez para algunos juristas, pero no resulta ello bajo ningún punto una filiación verdadera que atienda el derecho constitucional del hijo a conocer su verdad biológica, es decir su derecho a la identidad.

Por estos motivos es que se adhiere al indicio complementado con otra prueba, y esa prueba debería ser obligatoriamente la prueba de ADN. Pero no se habla aquí de una extracción compulsiva de sangre debido a que, atento a los derechos que le competen al demandado, éste constituiría el medio más invasivo para una persona, más allá de que sea una ínfima cantidad de sangre podría atentar contra el culto religioso de una persona o el caso de una persona que posea una enfermedad que no quiere que sea sacada a la luz y de la cual puede obtenerse conocimiento a través de una muestra de sangre (por ejemplo una persona con HIV) y a nuestro parecer no hay justificante alguno para atentar contra este tipo de derecho que posee la persona siendo que existen otros métodos alternativos.

Se debe tener presente que dado los avances biogenéticos, no es necesario llegar al extremo de la extracción compulsiva, ya que es posible obtener material genético sin vulnerar de manera exorbitante a la persona, como por ejemplo el hisopado bucal, utilización de un cabello, saliva, piel o el secuestro de objetos que tenga células ya desprendidas del cuerpo.

Sin perjuicio de lo dicho, el juez debe considerar rigurosamente el principio de colaboración procesal, intimando al demandado a que acompañe, por ejemplo, una muestra de cabello.

Utilizar la presunción no resuelve el problema de fondo, es decir, el hijo puede concluir el proceso con una sentencia favorable en virtud de una presunción pero no resolverá con esto conocer el vínculo biológico verdadero. En este sentido, el juez, como director del proceso, debería aplicar por analogía las normas que permitan resolver y respetar el derecho de identidad de la persona, buscar la verdad real, por cuanto el bien jurídico que se protege es la identidad del accionante.

Así como en materia penal se aplica el art. 218 del Código Procesal Penal de la Nación, es necesario elaborar un marco normativo que regule esta cuestión en materia filiatoria, adhiriendo a la necesidad de que las pruebas de ADN sean ordenadas de oficio y cumplidas de manera obligatoria por el demandado, facultando al juez para que contemple la utilización de métodos compulsivos que no atenten contra la integridad física de la persona, como podría ser la extracción de saliva o el secuestro de objetos de células ya desprendidas del cuerpo, resolviendo de esta manera el problema filiatorio de la determinación certera del vínculo y eliminando así la presunción judicial a la que se llega actualmente.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Alesi, M. (2015). ADN, prueba y filiación. Publicado en RDF 68, 16/03/2015, 17. AP/DOC/54/2015;
- Andrade, A. (2009). El derecho a conocer "la verdad biológica" en conflicto con otros derechos fundamentales. Publicado en DJ17/06/2009, 1609. AR/DOC/1583/2009;
- Arianna, C. & Grosman, C. (1992). Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial. L.L. 1992-B, 1193. AR/DOC/10460/2001;
- Azpiri, J. O. (2012). La negativa de las partes y de los sucesores universales a someterse a las pruebas genéticas. Publicado en DFyP 2012 (diciembre), 127. L.L. AR/DOC/5617/2012;
- Báez, J., Flores, M., Frulla, M., García de Solavagione, A., Rojos Cantos, M. & Tula, A. (Eds.). (2016). *Derecho de Familia*. Córdoba: Advocatus;
- Bastera, M., I. (2009). Entre el derecho a la intimidad y los deberes del Estado. Principio de autonomía personal versus derecho a la verdad objetiva. Publicado en SJASJA 2/12/2009. 003/014786;
- Bidart Campos, G. (1991). La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación. E.D. 157-255;
- Bidart Campos, G. (2006). Tomo I. Manual de la Constitución Reformada. (5^a reimpresión). Buenos Aires: Ediar;
- Bosch Madariaga, A. (2003). La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas. Publicado en: LA LEY2003-B, 1116 – LLO. AR/DOC/3838/2001;

- Bossert, G. A. & Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de familia* (7ª ed. actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea;
- Bueso Sánchez, M. (2001-2002). De las presunciones e indicios. Recuperado el día 20/12/2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831674>
- Caramelo, G., Picasso, S., & Herrera, M., (2015). Tomo II. Libro Segundo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (1ª ed). Buenos Aires: Infojus;
- Castro, V. A. (2004). La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación. SAJJ. Id SAJJ: DASC040087. Recuperado el día 18/09/2018 de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasc040087-castro-negativa-someterse-las-pruebas.htm>;
- Chieri Primarosa R. & Zannoni E. (2014). *Prueba del ADN*. (2ª ed. actualizada y ampliada, 3ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea;
- Escobar, S. N. (2015). A.D.N. y la negativa a someterse a la prueba pericial biológica. Recuperado el día 15/09/2018 de <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/A.D.N.-Y-LA-NEGATIVA-A-SMETERSE-A-LA-PRUEBA-PERICIAL-BIOL%C3%93GICA.-Escobar.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%>;
- Falótico, Y. & Pietra M. en Chechile A. (2015). Cap. XX Filiación. *Derecho de Familia. Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot;
- Famá, V. (2009). ¿Compulsividad física o allanamiento domiciliario para la obtención de muestras de ADN? Proyección de la doctrina constitucional

- penal de la Corte Suprema en el régimen filiatorio. (Nota a fallo). Publicado en SAJ 21/10/2009. Cita Online 0003/014721;
- Fanzolato, E. (2007). Tomo I. *Derecho de Familia*. Córdoba: Advocatus;
 - Fleitas Ortiz de Rozas, A. & Roveda E. (2009). *Manual de Derecho de Familia* (2ª ed. actualizada y ampliada). Buenos Aires: Abeledo Perrot;
 - Ghersi A. Carlos. (2003). *Prueba de ADN “Genoma Humano”*. Buenos Aires: Universidad;
 - Herrera, M. (2014). Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 39. AR/DOC/3846/2014;
 - Lloveras, N. & Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Universidad;
 - Martínez Alcorta, I. (1986). La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264. L.L. 1986-D, 924;
 - Medina G. & Roveda E. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. (1ª ed). Buenos Aires: Abeledo Perrot;
 - Méndez Costa, M. J. (1989). Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente. L.L. 1989-E,563;
 - Mizrahi M. (2004). *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea;
 - Peláez Vargas, G. (1974). Indicios y presunciones. Recuperado el día 20/12/2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212322>;
 - Verruno, L., Haas, E., Raimondi, E. & Legaspe, E. (1996). *Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-Legal. Las nuevas*

pericias inmunogenéticas en filiación y criminalística. (2ª ed. actualizada).

Buenos Aires: Abeledo Perrot;

- Zenere G. G. & Belforte E. A. (2001). El poder y el derecho a la verdad biológica. Recuperado el día 02/10/2018 de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010033-zenere-poder_derecho_verdad_biologica.htm

JURISPRUDENCIA

- Cám. Apel. Civ. y Com. Paraná, Entre Ríos, en los autos N° 8262 – “*Corvalan María Sol c/ Schenfeld Mario s/ Ordinario Filiación*”, del 06/05/2016;
- Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, en los autos caratulados “*Azcurrea, Marcela Cristina c/ Granados, Rubén Oscar s/ Filiación*”, del 17/12/2008. Sum. B29649;
- Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata en los autos caratulados “*E., M. E. c/ M., H. A. s/ Reconocimiento de filiación*” del 14/04/1994. Sum. 100493;
- Cám. Civ. y Com. Pergamino en los autos caratulados “*B. L. E. c/ A., A. s/ Acción de desconocimiento de la paternidad*” del 26/12/2003. Sum. B2801400;
- Cám. Civ y Com. Quilmes, Sala 1ª en los autos caratulados “*S. C. c/ A. C. s/ Reconocimiento de filiación*” del 19/09/2000. Sum. B2902620;
- Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1ª en los autos caratulados “*R. R. M. c/ B. M. R. s/ Filiación*”, del 07/09/1995. Sum. 854275;
- C.S. de Buenos Aires, (2007). Causa Ac 90448, “*Caracciolo, José c/ Gianelli, Arnaldo (su sucesión) s/ Filiación*”, del 29/8/2007. Sum. 29173;

- CSJN en los autos caratulados “*Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ inc. de apelación*”, del 30/09/2003. LL 2003-F, 437 con nota de Germán Bidart Campos;
- CSJ de Santa Fe. “*A., M. c. L., C. L.*”, del 19/09/1991. L.L. 1992-D, 563;
- Sup. Corte de Mendoza, Sala I, en los autos “*C. L., M. c. G., A. B*”, del 29/08/1995. LL. 1996-B,546;
- Sup. Corte de la Provincia de La Plata en los autos caratulados “*Benavidez, Leonardo c/ Serato, Roberto y Otro S/ Filiación*”. Causa C. 119.093, del 05/10/2016.

LEGISLACIÓN

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Ley N° 340. Código Civil. Su aprobación.
- Ley N° 2.393 de Régimen del Matrimonio Civil.
- Ley N° 10.903. Patronato de Menores de Jurisdicción Nacional y Provincial.
- Ley N° 11.357. Capacidad Civil de la Mujer.
- Ley N° 17.711. Código Civil. Modificaciones.

- Ley N° 23.264 de Filiación. Modificaciones. Igualdad ante la ley de hijos extramatrimoniales y ejercicio conjunto de la patria potestad.
- Ley N° 23.511 de Banco Nacional de Datos Genéticos. Su creación.
- Ley N° 23.515. Ley de Divorcio Vincular.
- Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley N° 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PÁGINAS WEB

- <https://www.diariojudicial.com/nota/73737> (disponible en internet el día 24/12/2018);
- <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-guardar-silencio-no-638184569> (disponible en internet el día 25/09/2018);
- http://www.saij.gob.ar/docs-f/dossier-f/derecho_identidad.pdf (disponible en internet el día 25/09/2018);
- http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100008 (disponible en internet el día 16/09/2018);

ANEXO E: Formulario Descriptivo del Trabajo Final de Graduación

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	MELINA ANABEL POLIAKOF
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	38.503.357
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La declaración de la paternidad y las pruebas genéticas de ADN
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	meliianabel14@hotmail.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1] ₅₁	SI
Publicación parcial (informar qué capítulos se publicarán)	-

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: CÓRDOBA, 26 de diciembre de 2018

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

⁵¹ [1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.