

# ***Demanda de filiación post mortem: Un derecho humano por excelencia***



**Dr. Fernando Adrián Bitetti**

Prosecretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 6° Nominación de Rosario

## Introducción

Me propondré en el presente trabajo transitar un derecho humano en acción por excelencia como es la demanda de filiación post mortem y su concreción en la tarea judicial.

Definimos a la filiación post mortem como el vínculo paterno filial a demostrarse y/o emplazarse entre un hijo y su progenitor cuando éste ha fallecido.

Toda persona tiene derecho a identificarse, relacionarse con sus padres genéticos y conocer su pertenencia a determinada familia en cualquier momento de su vida, a través de cualquier medio de prueba.

Para ello, analizaré el ordenamiento jurídico actual a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, la demanda propiamente dicha y la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico (ADN), que es una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética y se encuentra conformando

los cromosomas de todas las células, considerando que es el examen más certero en cuanto a la determinación de la existencia del vínculo jurídico filial, debido a los grandes avances de la ciencia.

## Ordenamiento Jurídico

Tanto el art. 541 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe como el art. 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le da a la filiación el trámite de Juicio Oral.

Y tal como me referí en la Introducción, el Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro Segundo - Capítulo 6 - Relaciones de Familia - trae una serie de innovaciones muy claras respecto de las acciones de filiación (arts. 576 a 581), los que me permitiré comentar, amén de transcribirles en algunos casos los comentarios de grandes juristas en la materia y jurisprudencia destacada.

Un primer avance legislativo es el hecho de la imprescriptibilidad del de-

recho a reclamar la filiación o de impugnarla, incluso no permitiéndose la renuncia expresa o tácita, aunque sí es dable destacar que sí están sujetos a prescripción los derechos patrimoniales ya adquiridos. Primer acierto, ya que el paso del tiempo no debe condicionar ejercitar tal derecho.

Aunque debemos diferenciarla de la caducidad, ya que ésta procura garantizar la estabilidad del estado de familia y evitar que éste resulte susceptible de modificaciones en un lapso indefinido de tiempo.

Se señalan como principales diferencias entre prescripción y caducidad las siguientes: la prescripción habilita a oponerse al progreso de la acción, mientras la caducidad opera de oficio, al extinguir la acción. La prescripción puede ser renunciada, no así la caducidad y por último los plazos de caducidad suelen ser mucho más acotados que los de prescripción.

Asimismo es sabido que no es admisible la impugnación de la filiación, sea

## Secretarios

Demanda de filiación post mortem:  
Un derecho humano por excelencia

matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quién haya aportado los gametos y no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

El aspecto biológico pierde su hegemonía a la hora de determinar la filiación en virtud de la irrupción de estas técnicas de reproducción asistida, sean ellas aplicadas en parejas hetero u homosexuales. Para estos supuestos, a los principios filiales tradicionales se agregan dos decisivos: interés superior del niño y la voluntad procreacional.<sup>1</sup>

En este caso, la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico e inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, incluyendo aspectos vinculados con la identidad dinámica.<sup>2</sup>

El Código nos sigue hablando de la con-

secuencia de la regla general de doble vínculo filial, fijando que si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.

Tal como nos relata claramente Lino Palacio en su Manual de Derecho Procesal Civil, la exigencia impuesta por el artículo 578 citado precedentemente, configura un requisito extrínseco de admisibilidad que concierne directamente al objeto de la pretensión de reclamación, e impide entrar en la consideración de su fundabilidad cuando se constata su falta.

En otro orden, y adentrándonos en las acciones de filiación propiamente dichas, es menester afirmar que se admite toda clase de prueba, incluidas las genéticas y pueden ser decretadas de oficio o a pedido de parte (art. 579 CCCN primer párrafo).

Considero que debe prevalecer la actuación de oficio en este caso, y ello

fundado en el interés público de conocer la veracidad filiatoria.

Esta primera parte del artículo, tal como nos enseña Jorge Alterini<sup>3</sup>, transcribe con algunas correcciones el art. 253 del Código Civil derogado. El principio de amplitud probatoria en materia filiatoria tiende a resguardar del derecho a la identidad de todos los involucrados en el plexo de relaciones que engendra una filiación (hijos, padres, madres, hermanos, todos con derechos subjetivos que pueden verse alterados dependiendo de que se establezca o no la filiación). Es lógico, que para garantizar máximamente la veracidad, se recurra al principio de amplitud probatoria.

Asimismo, tal como nos ilustra la Dra. Mercedes Robba<sup>4</sup>, existen tres posturas que se han sostenido desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el valor que debe otorgarse a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN.

La primera considera que la negativa es

un indicio en contra de la persona que se niega a realizarse el ADN (art. 4 de la 23.511-Banco Nacional de Datos Genéticos. El indicio implica que, además de la negativa, se necesitan otras pruebas para dictar sentencia de filiación.

La segunda postura sostiene que la negativa de una persona a someterse a la prueba genética debe ser considerada como una presunción en su contra. Es decir, que esa conducta hace presumir la paternidad del renuente. En esta posición se enrola la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia.

La tercera postura considera que en caso de negativa del demandado debe ordenarse la compulsividad o la obligatoriedad de la prueba genética para efectivizar el derecho a la identidad biológica. Como sostienen Marisa Herrera y Eleonora Lamm, «la obligatoriedad de la prueba genética es defendida por voces que cada vez tienen mayor adhesión en la doctrina nacional pero que aún no han podido torcer la balanza para que sea considerada la postura predominante en dicho ámbito

como tampoco en el campo jurisprudencial. El lema sobre el cual gira esta postura a favor de la obligatoriedad es: «no es lo mismo ser hijo por certeza que ser hijo por presunción».

Y si examinamos ese primer párrafo del art. 579 del cccn entiendo que se toma una cuarta postura, indicio grave, bloqueando la posibilidad de que la conducta renuente del demandado sea un obstáculo para la determinación de la filiación y busca asimismo la verdad biológica.

«En nuestro ordenamiento, se destaca la importancia que tiene el dato de la verdad biológica para el ser humano y así fue sostenido por el Dr. Petracchi en su voto en disidencia en un fallo de la Corte Suprema, en donde manifestó que «conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende...El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales...Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento

to y estructuración del psiquismo».<sup>5</sup>

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, debiendo priorizarse a los más próximos (abuelos) (segundo párrafo del art. 579 del cccn)

Y si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (tercer párrafo del artículo referido precedentemente).

El art. 580 se refiere a la prueba genética post mortem, trayendo la novedad de que en caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste y ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver, optando el juez entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

## Secretarios

Demanda de filiación post mortem:  
Un derecho humano por excelencia

Entiendo por como está escrito este artículo, que la exhumación referida es la última razón y tiene carácter subsidiario. Y se considera que la oposición a la exhumación de un cadáver debe valorarse como una conducta procesal que obstruye el esclarecimiento de la verdad.

Siguiendo con el análisis del art. 580 mencionado, la solución encuentra sustento en la certeza que brindan las modernas pruebas biológicas para la determinación positiva de la filiación, y en el principio de máxima amplitud en cuanto a los medios de prueba que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o se encuentren expresamente prohibidos para el caso.<sup>6</sup>

Y cabe preguntarnos ¿qué pasa si están fallecidos también los padres del difunto?. Sostengo que nada impide que un abogado pueda peticionar al juez competente la práctica de dichos exámenes contra los colaterales, sobre la base del principio de libertad probatoria y veracidad.

En consonancia con todo lo expresado, cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida o prueba «interactiva» según el cual recae en quién se halla en mejor situación el deber de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva. De este modo, la colaboración personal del demandado es fundamental para la realización de la prueba de ADN que permita dilucidar la verdad biológica (arts. 163, inc. 6º, 377 y 386 CPCCN).<sup>7</sup>

### Juicio propiamente dicho

Sabido es que el juez que entenderá en los presentes es el del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor, cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida.

Para ello, deberá distinguirse cuidadosamente que el centro de vida reúna características de residencia habitual legítima del menor y que se satisfaga

el criterio eminente del interés superior del niño.<sup>8</sup>

A continuación me permito traer a colación el funcionamiento del trámite judicial, con un ejemplo práctico, poniendo como salvedad el hecho de que, sabido es que las cuestiones de filiación deben tramitar ante un Tribunal Colegiado de Familia, en este caso que comentaré tramitará ante la Justicia Civil y Comercial en virtud del fallecimiento del progenitor del menor que pretende dicho reclamo de filiación, a través de su madre.

Por ante uno de los dieciocho Juzgados de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario se tramita la sucesión de JUAN PÉREZ (ejemplo), de estado civil soltero, iniciada por sus padres Jorge y María, encontrándose estos últimos divorciados. En este expediente recayó sentencia de declaratoria de herederos a favor de los progenitores.

Mientras tanto, *un año después* de iniciado el expediente sucesorio, aparece

una mujer llamada Julieta Rodríguez (ejemplo) y le manifiesta a su abogado/a que se encontraba embarazada de 23 semanas fruto de su relación con el Sr. Juan Pérez, y que ambos llevaban 3 años de concubinato previo al fallecimiento por enfermedad de este último, naciendo 16 semanas después de la muerte de Juan la menor llamada Sofía (ejemplo).

Las preguntas que debemos hacernos son: ¿Qué expediente iniciará la Sra. Rodríguez? ¿Podrá continuarse las actuaciones en el expediente sucesorio informando el embarazo y el nacimiento de la supuesta hija del causante? ¿Deberá iniciarse un expediente nuevo? ¿Hay conexidad con el expediente sucesorio?

La respuesta es muy sencilla. Deberá iniciar un nuevo expediente por ante la Mesa de Entradas Única de Distrito en lo Civil y Comercial, invocando conexidad en la Foja 0 a los fines de su acumulación al expediente sucesorio y deberá caratularlo con el nombre de «Rodríguez, Julieta» contra «Herederos del Sr. Juan Pérez» (en este caso sus pa-

dres llamados Jorge y María) y consignando como causa: «Demanda de Filiación Paterna Post Mortem», sustento legal del fuero de atracción alcanzado por el art. 2336 del Código Civil y Comercial, fundado en la necesidad de radicar ante un mismo Tribunal todas las causas en las que se encuentren involucrados bienes que conforman el acervo hereditario del causante.

Y como se dijo al principio, no existe la imprescriptibilidad de este derecho y es sabido que el dictado de Declaratoria de Herederos no da a la misma calidad de cosa juzgada, ni causa estado, por lo que puede modificarse con causa justificada.

Se repondrá únicamente el sellado mínimo de ley y se le imprimirá a esas actuaciones el trámite de Juicio Ordinario, recordando que no corresponde acudir a la Mediación Previa Obligatoria (Art. 4 inc. b) de la Ley Provincial 13.151).

En la demanda ofrecerá toda la prueba que estime pertinente. Y con pedido de condena en costas en caso de

oposición. Una vez decretado el primer proveído de trámite, se citará y emplazará a estar a derecho a los padres del causante por el término y bajo los apercibimientos de ley. Además se le dará intervención al Sr. Defensor General a quién se le notificarán todos los actos procesales que se susciten en los presentes.

Siguiendo con el ejemplo, comparece la madre del causante, por intermedio de apoderado/a, allanándose a la demanda, reconociendo el concubinato de su hijo con Julieta y poniéndose a disposición para someterse a la prueba de ADN si así lo dispone el magistrado interviniente.

Sin embargo, comparece el padre del causante, por intermedio de apoderado/a, allanándose a la demanda pero manifiesta no necesitar hacerse ninguna prueba de ADN para poder reconocer el vínculo, ya que no desconoce que Julieta y su hijo Juan tuvieron una relación de convivencia, que la nombrada en primer término quedó embarazada y es cierto que ella lo acompañó hasta

## Secretarios

Demanda de filiacion post mortem:  
Un derecho humano por excelencia

el día del fallecimiento de su hijo.

Acá cabe hacernos una pregunta: ¿Qué hubiera pasado si los abuelos del causante se hubieran negado a someterse a la prueba genética? Para la respuesta debemos traer a colación lo sostenido por Marisa Herrera y Eleonora Lamm «...de mínima (la negativa debe tener el mismo valor) que se prevé para el caso de que el demandado hubiera estado vivo, ya que no se puede empeorar la situación procesal de terceros ajenos a la relación filial que son involucrados por una circunstancia fortuita como lo es el fallecimiento del presunto padre por ser sus herederos» (en este caso Juan Pérez).

Pese al allanamiento formulado por los abuelos de la menor, se debe proceder procesalmente a solicitar la apertura de la causa a prueba, ya que al tratarse de un juicio ordinario, la carga de la prueba la tiene la actora, en este caso, la concubina del Sr. Pérez.

Ofrecerá como prueba documental Información Sumaria de Declaración Jurada de Convivencia, Acta de Nacimiento de Sofía (hija de los nombrados) y prueba genética de ADN que de-

berán hacerse a los abuelos paternos de la menor.

Y antes de proveer la prueba ofrecida solicitada por la actora, el Juez debe considerar en esta instancia procesal si el allanamiento de los demandados tiene por probada la filiación post mortem y exige de la realización de la prueba de ADN. Para ello, previo a continuar con las presentes actuaciones, y a fin de evitar eventuales nulidades, debe correrle vista al Sr. Defensor General, atento la existencia de una menor de edad y con gran criterio contestará la misma, dictaminando que considerará necesaria la realización de la prueba genética post mortem prevista en el art. 580 del Código Civil y Comercial.

De esta manera, con esta prueba a realizarse, es irrefutable el conocimiento de la verdad biológica de la menor, celebrando con gran atino la necesidad de producirse igualmente la misma, a los fines de evitar cualquier especulación.

Y ahora vienen dos caminos, los costosos gastos del examen de la muestra del ADN de los abuelos de la menor a cargo de la actora en un Instituto Pri-

vado, o la posibilidad de la realización sin costo alguno por parte del Instituto Médico Legal de Rosario, aunque deberá tenerse en cuenta que el turno para las muestras de sangre se conceden aproximadamente tres meses después de ser solicitadas (justificados por la gran cantidad de exámenes diarios de ADN que se toman), por lo que, en caso de urgencias en conocer esos resultados, deberá tenerse en consideración estos tiempos, todo ello a los fines de no alargar el conocimiento de la verdad biológica.

Una vez incorporado el análisis de ADN, si el mismo es positivo, establecerá que el presunto vínculo biológico no es excluido. Basándose en los resultados de los análisis obtenidos de los *loci* de ADN listados, el valor obtenido de INDICE DE ABUELIDAD para la menor (Sofía) con María y Jorge es 4050 y 15,5 respectivamente (por ejemplo).

Un índice menor a uno se considera NEGATIVO. Un índice entre 1 y 9 se considera como un resultado INCONCLUYENTE (el presunto vínculo no puede descartarse ni confirmarse). Un índice mayor a 9 se considera POSITIVO (en este ejemplo dio 15,5).

Una vez acompañado el examen de ADN y no siendo objetado por los progenitores del causante, se correrá vista al Sr. Fiscal, que dictaminará si tiene algo o no que observar al procedimiento seguido en autos. Y por último se correrá vista al Sr. Defensor General quién analizará las pruebas rendidas en autos y prestará su conformidad o no a la demanda interpuesta. Y notificando el llamamiento de autos a las partes, se dictará sentencia sin más trámite.

Recordemos por último que en el supuesto de hacerse lugar a la presente demanda de filiación paterna post mortem, –descontando que en este caso se hará lugar atento el allanamiento formulado por los progenitores del causante y la prueba irrefutable del ADN–, imponiendo las costas por su orden por no haber oposición, firme que quede la misma y previo los trámites de ley, se oficiará al Registro Civil que corresponda a los fines de anotar la paternidad de la menor. Sentencia que tiene efecto declarativo.

Posteriormente se ampliará o rectificará la sentencia de declaratoria de herederos promovida por cuerda a los presentes, previa vista al Sr. Fiscal.

## Conclusiones

Una herramienta indispensable que nos da la ciencia para conocer la identidad biológica como es el ADN y la acción de filiación post mortem que nos suministra el Código Civil y Comercial son muestras cabales de la posibilidad de ejercitar un derecho humano tan esencial.

Y considero que la negativa de la persona demandada a someterse a la prueba de ADN debe valorarse como indicio grave contrario a la posición del renuente, implicando que si bien no se requiere de manera forzada otras medidas probatorias para dictar sentencia en un juicio de filiación, si existe otra prueba conducente debe producirse, para poder obtener mayores certezas sobre la verdad biológica, entrando en juego en muchos casos la carga dinámica. ■

## CITAS

<sup>1</sup> GIL DOMINGUEZ, FAMÁ Y HERRERA, «Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia». Editorial Ediar, año 2010, pág. 229.

<sup>2</sup> GIL DOMINGUEZ, FAMÁ Y HERRERA, ob. cit. Pág. 230.

<sup>3</sup> Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético– La Ley Tomo III pág. 574).

<sup>4</sup> ROBBA, MERCEDES, Abogada U.B.A., Docente de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la UBA, autora de la publicación «Acciones de filiación: el valor de las pruebas genéticas en el Código Civil y Comercial de la Nación».

<sup>5</sup> CSJN, 13/11/90, LL, 1991-B-473 y ED, 141-263.

<sup>6</sup> CCCom. De Lomas de Zamora, sala II, 2-5-93, L.L. Online, AR/JUR/906/1993.

<sup>7</sup> CCCom de Azul, Sala II, 29-12-2008, Juba, sum B3101446).

<sup>8</sup> MIZRAHI, MAURICIO LUIS, «El niño y las cuestiones de competencia», La Ley 2012-E, 1183.