



La Prueba Biológica a la luz del Nuevo Código Civil

myf

470

Dr. Carlos María Corbo

Director del Archivo de los Tribunales Provinciales de Rosario

Introducción

Se nos ha encomendado en este trabajo un análisis del escabroso tema «La prueba biológica a la luz del nuevo Código Civil», debido a la importancia e ¹ influencia en nuestro Derecho de Familia que ejerce constantemente el tema.

Como en otras ocasiones, aquí también abrigamos la esperanza que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del trabajo desarrollado sobre «prueba biológica» sea de utilidad a la comunidad y, en especial a los jueces, a quienes, como en el caso de los que administran justicia y a diario imparten la ley al juzgar conductas, función augusta, compleja y delicada en manos de los señores jueces.

Somos conscientes de que el esfuerzo realizado repercute sólo en un aporte mínimo para la actualización de tan delicado problema, pero no por ello deja de ser un auxilio y una ayuda que debe evaluarse en tal sentido.

La Prueba Biológica a la Luz del Nuevo Código Civil

Conceptos Preliminares

En nuestro ordenamiento jurídico, siempre se admitió la amplitud probatoria en materia de filiación, en efecto el art. 325 del Código establecía lo siguiente en lo atinente a la reclamación de la filiación extramatrimonial: «Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurren a demostrar la filiación natural».

La sanción de la ley 23.264, en su momento revalorizó la prueba biológica a través del art. 253 que dispuso: «En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte».

El actual art. 579 del Cód. Civil en su párrafo primero continúa en la misma línea, pero alega que ante la imposibilidad de efectuar las pruebas entre las partes, ya sea por oposición del progenitor o por su ausencia, el material genético se podrá extraer de los parientes por naturaleza, hasta el segundo grado, esto es abuelos, debiendo priorizarse a los más próximos y ante la inviabilidad de algunas de las posibilidades anteriores, el magistrado valorará la negativa como indicio contrario a la postura sustentada por el renuente.

«Tan relevante es la producción de este medio probatorio, que en caso de un rechazo a la acción de filiación por falta de prueba no hace cosa juzgada con respecto a un nuevo juicio, pues al haberse prescindido de una prueba esencial como es la genética que la ley habilita a producir de oficio, no puede considerarse que hubo cosa juzgada material, en el sentido estricto del concepto, que debe comprender a una sentencia que desmenuza la problemática planteada en busca de la verdad jurídica objetiva».²

Características de la Prueba Genética

Tenemos que dilucidar si la prueba genética constituye un medio confirmatorio o no, ya que la misma aunque coadyuva a formar la convicción de un magistrado, en una etapa del proceso materializado por el juez al dictar resolución, la misma es una explicación técnica a cargo de un experto en la materia.

Es fácil colegir que la prueba genética tiene por finalidad suministrarle a un juez un dictamen sobre la verificación de determinados hechos científicos en un terreno totalmente ajeno a su formación jurídica.

Por ello, el perito debe ser lo más conciso en su explicación. Hay que tener en cuenta que el juez no está ilustrado en esa especialidad, tiene un conocimiento cultural medio respecto de lo que se trata, más allá que se capacite por entenderlo lo más ampliamente posible.

Es una función o trabajo profesional

calificado, donde personas formadas en una disciplina son llamadas a intervenir en forma transitoria en un juicio de filiación.

La prueba científica genética transcurre durante la tramitación de un proceso, ya sea durante la etapa de la confirmación o bien, en diligencias posteriores ordenadas por un magistrado y su informe no se fundamenta en la explicación de percepciones, sino sobre la veracidad de un hecho.

«En términos generales, puede decirse que la pericia científica es aquella que está calificada por la idoneidad del experto que la practica y se caracteriza por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencias y la tecnología. Suele singularizarse también por el método empleado, su calidad empírica y la posibilidad de repetir los experimentos llevados a cabo por el experto participante».³

«Entre sus principales características se encuentran las siguientes: a) son pruebas de colaboración porque sue-

len requerir de una dosis de buena voluntad de partes y/o terceros para que puedan llevarse a cabo (por ejemplo., aportes de evidencias biológicas que pueden traducirse en la extracción de sangre o en el corte de cabellos); b) su fuerza probatoria reclama complementación en orden a demostrar la autenticidad de los elementos tenidos en cuenta para la experticia; c) sus fuentes acostumbra a ser dinámicas, en el sentido de que por impulso de los avances tecnológicos son frecuentemente reemplazadas y mejoradas».⁴

Se ha dicho, «que las pruebas biológicas y en especial el test de ADN, poseen en principio, una fuerza probatoria mayor que las restantes pruebas cuyas resultados pueden ser desplazadas y postergadas frente a la fuerza probatoria preponderante de aquéllas. Se trata de pruebas de alta confiabilidad. Bien se ha expresado que el resultado de tales pruebas otorga una certeza mayor que el resto».⁵

No obstante ello, no debe confundirse

«alta confiabilidad» con «infalibilidad», por lo que el juez –si bien en casos muy excepcionales– puede apartarse de las conclusiones de un test de ADN. Si dicho apartamiento en materia pericial es ya excepcional, cuanto más lo será tratándose de una pericial científica».⁶

Se han enumerado varios supuestos en los cuales corresponde dicho apartamiento excepcional de las conclusiones aportadas por una pericial científica. «a) Demostración de que las muestras con las que se practicara el test de ADN se han contaminado o no se han conservado en condiciones adecuadas. b) Existencia de error, confusión o maniobras maliciosas con las muestras tenidas en cuenta. c) No se ha cumplido con la ex artis pertinente al someter, por ejemplo, a una muestra de sangre al reactivo adecuado. d) El dictamen pericial carece de fundamentación o padece autocontradicción. e) No haber sido realizada por organismos habilitados. f) Que se realizada por profesionales especializados y si se trata de ADN se debe controlar que haya sido la prueba desarrollada por

un laboratorio autorizado por las normas de calidad internacional por ejemplo en España por la ISFH. G) Que el informe explique: cómo se realizó, las tablas utilizadas y su aceptación en la comunidad científica: H) Si es biológica que se utilicen todos o la mayoría de los componentes de la prueba de compatibilidad inmunogenética».⁷

Su Constitucionalidad

Las pruebas genéticas no pueden efectuarse contra la voluntad de la parte, lo que significa que quien no concurre a su realización o se oponga previamente a su recepción, no puede ser compelido coactivamente porque prevalece la libertad individual, por lo que lo normado por el Cód. Civil no lesiona ninguna garantía constitucional.

Tal renuencia, no vulnera ni sus derechos personalísimos ni la dignidad de la familia, ya que el interés público en materia de filiación debe prevalecer sobre el interés privado; aquí están implicados el derecho a la identidad,

el derecho a conocer el propio origen biológico, la dignidad, el derecho a la investigación de la paternidad, a ser procreado y nacer dentro de una familia, el reconocimiento especial a la individualidad biológica y del derecho a la salud psíquica y social.

Incluso lo normado por el art. 18 de la CN. de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, rige sólo en materia penal. Es así, que ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda, y porque ello representaría un acto de violencia física la coacción para lograr la producción de la prueba, es que no se puede ejercer compulsión para obtener la muestra de sangre destinada a la prueba biológica.

El derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos reviste mayor valor que el derecho a la intimidad de quine se dice afectado por la realización de pruebas biológicas tendientes a determinar su filiación; es más, podemos afirmar que no existe proporción entre el sacrificio de una gota de sangre y el despojo que se impone a

quien no puede precisar su identidad. «Para Mizrahi, el derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de la privacidad del presunto progenitor pues media un interés social en que aquél obtenga el emplazamiento que le corresponde, lo cual conlleva observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares, señalando lúcidamente el citado autor que el accionado dejó de lado su intimidad al transportar fuera de sí su propio material genético.

Esta negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente, y esto no hace más que robustecer la prueba ya existente y referida que permita acreditar el nexa biológico».⁸

Ahora, en materia de acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, se permite en algunos casos, que el juez baje al proceso y ofrezca prueba supliendo la impericia, descuido o negligencia de las partes, porque la filiación de una persona es un tema

que interesa al Estado y a la sociedad misma, es decir cobra vital importancia el principio de la carga dinámica de la prueba, según el cual tiene el deber de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva todo aquél quien se encuentre en mejor situación.

En nuestra opinión, el principio dinámico de la prueba no deroga ni reemplaza al *onus probandi*, es decir «quien invoca debe probar», sino que ambos se complementan y perfeccionan, lo que ocurre en los juicios de filiación es que estamos hablando de una publicización del proceso

Cabe agregar, que la carga probatoria dinámica se vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a lo preceptuado en el art. 710 del Código Civil, partiendo del principio de que las partes tienen el deber de colaborar y actuar de buena fe, así como el juez encargarse adecuadamente del proceso.

La participación de los parientes hasta el segundo grado

En rigor de verdad, puede ocurrir que para dilucidar las cuestiones fácticas debatidas, algunas veces sea necesario recurrir a la participación de terceros ajenos al proceso. En este tipo de acciones los abuelos o hermanos pueden someterse a las pruebas biológicas y así la sentencia ajustarse debidamente a derecho.

Las pruebas genéticas tienen como asidero las transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, exteriorizándose cada vez más, de acuerdo a como se vayan estrechando los vínculos biológicos entre los parientes consanguíneos.

En la Provincia de Santa Fe estos parientes podrán intervenir en una acción de reclamación de filiación invocando el art. 303 del c.p.c.c.

Podrán participar a través de una intervención adhesiva simple, ya que carecen de legitimación procesal activa y pasiva, salvo lo expresado en el párr. tercero del art. 582 que textualmente reza: «En caso de haber fallecido

alguno de los progenitores, la acción se dirige contra su herederos, ya que la resolución lo emplazará en el estado de pariente del actor, es decir tiene acreditado un interés legítimo; pero no puede probar ni alegar.»

Comentando la ley procesal santafecina, Carlos y Rosas Lichtschein señalan que la actuación del coadyuvante, en este tipo de intervenciones caracteriza por accesoria y subordinada, según dice la ley; esto es, se halla limitada por la conducta de la parte originaria; el tercero carece de facultades para obrar en «contraposición» con ésta respecto de actos realizados por dicha parte, pero puede desarrollar toda la actividad que sea «armónica» con ellos y la que importe suplir las omisiones en que incurra la coadyuvada siempre que no haya vencido el plazo o que ésta no haya manifestado una voluntad contraria, por ejemplo; no podría apelar si la principal dejara firme la sentencia y se declarara desierto el recurso.⁹

Consecuencias de la negativa a someterse a las pruebas genéticas

En reiteradas ocasiones se han identificado indicio y presunción como si fueran sinónimos; trátase de un error. Indicio y Presunción, dice Alsina, son dos conceptos independientes, pero que se complementan. Un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo.

Presunción es la operación mental en la que por aplicación de esa relación puede llegar a establecer una presunción. Por eso la prueba por presunciones constituye un silogismo en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer.¹⁰

El indicio, en cambio, es el punto de partida para llegar a una presunción luego de un juicio valorativo según las

reglas de la experiencia para acordar un sentido y poder llegar así a determinar un hecho.¹¹

La actitud evasiva de someterse a los exámenes genéticos sumados a otros medios probatorios puede acreditar la existencia del vínculo filiatorio y formar la convicción del juzgador habilitándolo para el dictado de la sentencia estimatoria.

Kielmanovich, sostiene que la prueba indiciaria exige necesariamente una pluralidad de indicios; puede existir uno solo, del cual pueda ser argüido lógicamente «el hecho relevante para el juicio», al menos en un sistema de valoración de la prueba regido por las reglas de la «sana crítica», en el que su eficacia dependerá, antes de su número, del sentido como magistrado, pues del hecho de la norma regule a este medio de prueba a partir de la denominada presunción polifásica, esto es, de la extraída de una serie de hechos que individualmente no representan el hecho objeto de la prueba sino en su conjunto, convergente y concatenado.¹²

Pero hay otra posición doctrinaria, que afirma que cuando «el indicio es grave trasciende como una presunción idónea por sí sola para el progreso de la demanda», a menos que resulte desvirtuada por prueba contraria, como sería la demostración de un impedimento determinante.¹³

Y así, el sujeto pasivo siempre tendrá el derecho de poder negarse a prestar su cuerpo para la práctica del ADN, claro está, cuando el mismo esgrima un argumento valedero y esté debidamente acreditado como por ejemplo por razones de salud física, como ser hemofílico o padecer otra enfermedad, o bien salud psíquica.

«También, se ha resuelto en un caso particular de estudio, que no cabe extraer consecuencias de la negativa si el demandado es un anciano de más de ochenta años, que padece arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y esclerosis coronaria con bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte».¹⁴

No obstante lo afirmado, la negativa injustificada de un sujeto a prestarse a la prueba genética es por demás dilatoria, obstruccionista y sugestiva, lo que conlleva el calificativo de contraria a derecho por falta de justificación, lo que posibilitará la sanción valorativa del juez.

Dicha actitud renuente que obstaculiza el avance de un proceso en un juicio de filiación implica un reconocimiento tácito de lo debatido, ya que si no se argumenta nada como causal de justificación, esa actitud carece de asidero fáctico y jurídico.

En suma, el Código actual introduce una modificación y se refiere al «indicio grave», no al mero indicio, lo cual introduce una modificación de singular importancia en su texto, que está en total consonancia con principios constitucionales –internacionales como la efectiva satisfacción del derecho a la identidad.¹⁵

Legislación Comparada

En el Código Civil de Colombia se en-

cuentra establecido en la Ley No 75 de fecha 4 de diciembre de 1968, complementaria del Código Civil. Se establece en esta última norma que la renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes será apreciada por el juez como indicio.

Venezuela en su Código Civil dispone en el art. 210 que la negativa del padre a someterse a la prueba genética se considerará como una presunción en contra.

En México no se encuentra estipulado en ninguna norma, no obstante la jurisprudencia ha dicho que: Conforme a los arts. 4°. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3°, 6°, 7°, y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozca su origen biológico, sino que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmen-

te establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada.

El Código de Costa Rica en su art. 98 prescribe que: en todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además esa circunstancia podrá ser tenida en cuenta como indicio de la veracidad de lo que pretende demostrar como prueba.

«La jurisprudencia brasileña ha sostenido que la renuencia del padre a some-

terse al examen hematológico, al lado de otros elementos seguros de convicción existentes en autos, equivalen al verdadero reconocimiento de paternidad»¹⁶.

Asimismo la jurisprudencia uruguaya revocó el pronunciamiento que admitía la demanda de filiación, sosteniendo que la sola negativa a pasar la prueba biológica, si bien es un indicio grave con un peso específico muy elevado, es insuficiente para constituir, por sí sola, el fundamento de una sentencia favorable al reclamo filiatorio, siendo necesarios otros medios de prueba para formar convicción.

Filiación Post Mortem

Puede acontecer que el sujeto nazca con vida, pero con anterioridad a tal hecho jurídico alguno de los progenitores falleciera. Se trata de uno de los supuestos de filiación post mortem, aquélla donde en base a las leyes jurídicas o naturales, el vínculo inmediato de consanguinidad existe pero previamente a su constitución o declaración ha falle-

cido alguno de sus protagonistas.

También puede suceder que la filiación sea declarada con posterioridad a la muerte del progenitor pudiendo estar éste al nacimiento del hijo. La expresión «post mortem» denota un establecimiento o condición posterior a la muerte. En todo caso la filiación post mortem incluye cualquier supuesto en que el vínculo sea establecido o declarado con posterioridad a la muerte de la persona de cuyo estado filiatorio se trate.

En el caso de la filiación post mortem declarar la inadmisibilidad de la producción de la prueba genética implicaría cercenar un derecho humano de fundamental importancia, como es el derecho a la identidad, e incluso se llega a comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Es por ello que el nuevo art. 580 «prevé en forma expresa el hipotético caso del fallecimiento del presunto padre, en cuyo caso la prueba genética se podrá realizar sobre los dos progenito-

res naturales del causante (abuelos). El tema en cuestión resulta ambiguo, teniendo presente que en algunos casos la acción se entabla sobre un progenitor de edad avanzada el cual no cuenta ya con sus padres vivos.

Se debe tener presente que al estar en juego el derecho a la identidad del menor, y siendo el mismo de carácter constitucional el cual forma parte del plexo normativo comprendido en el art. 75 inc. 22 de la CN, la enumeración prevista sobre las personas de las que se pueden extraer la muestra genética no es de carácter taxativo, por el contrario, se puede extender a otros parientes siempre que la certeza de la técnica lo permita, quedando siempre como último recurso la exhumación del cadáver, conforme lo establece el art. 580 *in fine*.¹⁷

La jurisprudencia, sostuvo "ante la negativa o imposibilidad de uno de los progenitores naturales del fallecido, la norma autoriza la exhumación del cadáver". Dicha solución encuentra sustento en la certeza que brindan las mo-

dernas 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.¹⁸

El interés de los familiares que se resisten a la pretensión de que se extraigan muestras del cadáver del padre se traduce en el derecho personalísimo de los herederos del difunto de establecer el mejor resguardo de los intereses morales y familiares que están en juego, pero cede frente al derecho del accionante que involucra el orden público, ya que en los juicios de filiación hay de por medio un interés social en la averiguación de la verdad.¹⁹

En otro fallo se dijo que, «es procedente la realización de la prueba genética anticipada en el proceso de filiación si, tratándose de una pericia de ADN a practicar sobre restos cadavéricos, resulta evidente que el peligro en la demora existe potencialmente, como riesgo cierto, no sólo porque el trans-

curso del tiempo dificulta la tarea encareciendo su complejidad y costos, sino también porque el cadáver del progenitor alegado no se encuentra en modo alguno cubierto la posibilidad de sufrir la producción de hechos de la naturaleza o actos humanos que frustren la realización de la medida».²⁰

Finalmente, esta prueba genética post mortem queda librado al prudente arbitrio judicial siguiendo el procedimiento más acertado «según las circunstancias del caso».

Conclusión

En nuestra opinión, las nuevas disposiciones del Código Civil sobre pruebas genéticas establecidas expresamente y la normativa establecida en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales son esenciales para la mejor interpretación y aplicación de la ley en esta materia.

La Constitucionalización del Derecho

de Familia juega un rol fundamental en la integración de normas en un mundo jurídico de grandes cambios en el siglo XXI y obliga a una labor continua por parte de todos los sectores sociales de la comunidad. ■

CITAS

¹ CCom. de Corrientes, sala IV, 5-7-2007, L.L. Litoral 2007-834.

² CCom. de Corrientes, sala IV, 5-7-2007, L.L. Litoral 2007-834.

³ PEYRANO, JORGE, «Sobre la prueba científica», LL 2007-C-865.

⁴ PEYRANO, «Sobre la prueba científica», cit.

⁵ CARBONE, CARLOS «La prueba científica: evidencia de un juez de toga blanca», en Li-

bro de Ponencias del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 252/3.

⁶ GIANNI, LEANDRO «La prueba científica» en el «Libro de Ponencias del XXIV Congreso de Derecho Procesal.

⁷ PEYRANO, «Sobre la prueba científica», ob. cit. pág. 370.

⁸ MIZRAHI, MAURICIO, La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511, en J.A. 2004-II-1467.

⁹ PEYRANO, JORGE W., *Lecciones de Derecho Procesal*, Zeus Rosario, 2002 p. 365.

¹⁰ ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, pág. 520, año 1942.

¹¹ C. Civ. y Com. Paraná Sala 1ª, Zeus 42-R.66 (No 7419)

¹² KIELMANOVICH, JORGE L. «Valor probatorio de la conducta procesal de las partes», pág. 314.

¹³ CALAROTA, EUGENIO, Determinación de la paternidad por el sistema de H.L.A. o com-

plejo mayor de histocompatibilidad, en L.L. 1985-A-472; C1a CCCAdm. de Río Cuarto, 29-3-2000, L.L. 2000-E-987.

¹⁴ STS español 14 de mayo de 1991, comentada por José Luis de los Mozos y José María de la Cuesta en Revista de Derecho Privado de Madrid, dic, 1991, pág. 1057.

¹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo III pag. 604, Edit. Rubinzal Culzoni, año 2015., 1era Edic.

¹⁶ (TJSP, 2ª cámara Civ. J-18-8-1981, RT, 559;113) Cfr. NOGUEIRA, Paulo Lucio; Op Cit., p. 72.

¹⁷ IGLESIAS, ELSA, Cometarios al Código Civil y Comercial, pág. 597, Directores GHERSI, WEINGARTEN, Directores, Edit. Nova Tesis, Tomo II, año 2014, 1ª Edic.

¹⁸ CCom. Lomas de Zamora, sala II, 2-5-93, L.L:

¹⁹ CNCiv., sala A. 28-2-94, L. L. 1995-E-378.

²⁰ CCCFam. de Villa María, 15-5-2003, L.L. C. 2004-687.