

DATOS DEL FALLO

Materia: CIVIL Y COMERCIAL

Tipo de Fallo: Sentencia Definitiva

Tribunal Emisor: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA (SCBA)

Causa: C 97651

Fecha: 16/12/2009

Caratula Publica: G. ,A. N. c/S. ,R. J. s/Filiación

Magistrados Votantes:

Genoud-Hitters-Kogan-Pettigiani-de Lázari

Tribunal Origen:

TRIBUNAL DE FAMILIA N° 1 - SAN ISIDRO (TF0100 SI)

Observación:

La CSJN, el 15-3-2016, hizo lugar al recurso de queja, revocó la sentencia y ordenó se pronuncie nuevo fallo en la instancia de origen.

Sentencias Anuladas:

TEXTO COMPLETO

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de diciembre de 2009, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Hitters, Kogan, Pettigiani, de Lázari, Negri, Soria, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 97.651, "G. , A. N. contra S. , R.J. . Filiación".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia N° 1 del Departamento Judicial de San Isidro rechazó la demanda de filiación incoada por A. N.G. , en su carácter de curadora definitiva de su hija M. F.V. , y en representación de su pupila y nieta R. A. V. contra R. J. S. (v. fs. 105).

Se interpusieron, por la Asesoría de Menores e Incapaces y la accionante G. , sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Son fundados los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 107/117 y 122/135?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor **Genoud** dijo:

En virtud de que los recursos de inaplicabilidad de ley interpuestos por la titular de la Asesoría de Incapaces (fs. 107/117) y por la representante legal de la menor R. A. V. (fs. 122/135) se asientan en similares agravios, abordaré su tratamiento conjunto por razones de economía procesal.

I. Plataforma fáctica.

a. El Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de San Isidro desestimó la demanda de filiación promovida por A. N.G. , en su carácter de curadora definitiva de su hija M. F.V. , y en representación de su pupila y nieta R. A. V. contra R. J. S. (fs. 105) con los siguientes fundamentos:

1. La sola negativa del demandado a someterse a los exámenes genéticos, no resulta suficiente para admitir la procedencia de la acción, si no es acompañada de algún otro elemento probatorio que la fortalezca.

2. No sólo no existe prueba alguna que avale la pretensión incoada, sino que los elementos recogidos en la causa penal 39.584 ponen en tela de juicio la eventual responsabilidad del demandado en el embarazo de la representada de la actora.

3. No ha cumplido la demandante con la carga probatoria que el proceso le imponía (fs. 104).

b. Los recurrentes, centran su queja en:

1. La errónea aplicación de los arts. 4 de la ley 23.511 y 375, 384 y 456 del Código Procesal Civil y Comercial.

2. Absurdo en la valoración de la prueba y transgresión a la doctrina legal.

3. La existencia de sobrados elementos que fortalecen la presunción o el indicio grave que emana de la negativa a la realización de la prueba biológica que el tribunal ignoró o desechó completamente.

4. En la causa penal, traída como prueba documental, se acreditó la posibilidad de que la concepción de la niña R. A. se produjo durante la internación de su madre -M. V. - en la Clínica

Privada de Salud Mental Therapia Norte, fecha en la que también se encontraba internado el demandado.

5. En las fichas de admisión, confeccionadas por la clínica, en ningún momento la doctora Astete Millán consignó que M. presentara un cuadro de amenorrea.

6. El doctor Enzo Rugo Cascardo, por su parte, dijo haberla atendido durante el término de dos semanas, durante las cuales la habría visto unas seis veces, y no tuvo conocimiento de que V. hubiere ingresado embarazada a la clínica, ni que tampoco ésta le comentara algo a ese respecto.

7. De las constancias médico legales de fs. 70 de la citada causa penal, surge que las ecografías realizadas en fechas 24 de abril de 1998 y 18 de mayo de 1998 son concordantes en cuanto a la edad gestacional y permitirían inferir que la fecundación se produjo, aproximadamente, entre el 10 y 14 de marzo de 1998, más-menos una semana, concluyéndose en dicho informe que "es posible decir que la gestación pudo haberse producido entre el 10 y 14 de marzo de 1998...".

8. Las lesiones físicas presentadas por M. V. son contemporáneas con la edad gestacional, lo que autorizaría a deducir que se produjo a consecuencia de un sometimiento sexual violento.

II. Los recursos no pueden prosperar por los fundamentos que desarrollaré a continuación:

a- Inexistencia de absurdo.

Es doctrina de esta Corte que determinar la existencia del nexo biológico en una demanda de filiación extramatrimonial, así como el análisis de los alcances probatorios del indicio que resulte de la negativa a someterse a la realización del examen genético y la valoración de las probanzas y circunstancias fácticas en general, constituyen típicas cuestiones de hecho, privativas de los jueces de la instancia ordinaria e irrevisables, en principio, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (conf. Ac. 80.536, del 11-IX-2002; Ac. 79.244, del 12-IX-2001). Se entiende por tal sólo al error palmario, grave y manifiesto que conduce a conclusiones contradictorias, inconciliables e incongruentes con las constancias objetivas de la causa (conf. Ac. 58.938, del 17-X-1995; Ac. 63.556, del 8-X-1996; Ac. 64.347, del 18-II-1997; Ac. 71.327, del 18-V-1999), situación que en autos no se ha configurado.

A mayor abundamiento he de añadir algunas consideraciones.

b- Importancia de las pruebas biológicas.

Como sostuve en las Acs. 85.363 (sent. del 27-VIII-2008); 96.106 (sent. del 28-X-2009); 95.848 (sent. del 25-III-2009); 96.140 (sent. del 17-VI-2009) y 98.100 (sent. del 30-VI-2009) el art. 253 del Código Civil (t.o., ley 23.264) admite las pruebas biológicas en los juicios de filiación; ello implica que el legislador da preponderancia a este tipo de pruebas en esta clase de procesos debido al alto grado de precisión que arrojan los estudios de A.D.N. en la determinación de la paternidad o la maternidad. Es, precisamente, en virtud de la certeza que otorgan, de más del 99%, que algún autor ha sostenido que los juicios de filiación se han transformado en procesos eminentemente periciales (Haas, Emilio; Raimondi, Eduardo; Verruno, Luis, "El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", "La Ley", 1990-A-794).

c- Valor de la negativa a la prueba biológica.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia conceden una gran importancia a las pruebas biológicas las cuales pueden ser, incluso, ordenadas por los jueces (art. 253, C.C.). No obstante, al mismo tiempo la ciencia coopera en mayor medida para que pueda determinarse el nexo filial paterno con una probabilidad que se aproxima a la certeza, la resistencia injustificada de los demandados a someterse a los exámenes periciales, configura un grave obstáculo para acreditar el vínculo (Grosman, Cecilia P.; Chechile, Ana M., "Recent judicial decisions giving effect to the Convention on the rights of the child", en *The international Survey of Family Law*, 2004, p. 21).

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

Es sabido que los indicios son fuente de presunciones y éstas son la consecuencia de la labor intelectual que realiza el juez para extraer conclusiones de los indicios (Arazi, Roland; "La prueba en el proceso civil", La Rocca, 1991, págs. 92/93). Aunque, en general, la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia coinciden en que la resistencia a la realización de los exámenes de A.D.N. constituye una presunción grave en contra del renuente (C.N.Civ., sala F, agosto 24-1992, "El Derecho", 150-523; íd., sala A, abril 21-1998, "La Ley", 1998-D-741; C.S. Santa Fe, 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-536; Kielmanovich, Jorge, "La negativa a someterse a pericias genéticas", "La Ley", 1988-E-810; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano", "El Derecho", 153-928; Grosman, Cecilia P.; Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193; Belluscio, Augusto C., "Manual de derecho de familia", 7ª ed., Astrea, Bs.As., 2002, t. 2, pág. 295; Zannoni, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de familia", 4ª ed., Astrea, Bs.As., 2002, t. 2, pág. 502; Lloveras, Nora, "Patria potestad y filiación", Depalma, Bs.As., 1986, págs. 90/91; Méndez Costa, María Josefa, "Encuadre constitucional del derecho a la identidad", "La Ley", 1992-D-536) no hay unanimidad en relación al alcance que debe concedérsele a la negativa. Se han perfilado dos posturas:

1- La negativa a la prueba biológica es suficiente para tener por acreditado el vínculo.

Un sector de los autores estima que la negativa a someterse a las pruebas biológicas constituye elemento suficiente para dictar una sentencia favorable a la pretensión filiatoria, evaluando que en nuestros días estos exámenes arrojan un alto índice de certeza en la inclusión del vínculo alegado y la total exclusión si no se es el progenitor biológico. De lo anterior, concluyen que no es correcto que quien tiene en sus manos la posibilidad de colaborar en la determinación del vínculo filial se rehúse injustificadamente (Kielmanovich, Jorge, "La negativa a someterse a pericias genéticas", "La Ley", 1988-E-810; Calarota, Eugenio O., "Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A o complejo mayor de histocompatibilidad", "La Ley", 1985-A-472; Solari, Néstor B., "Valoración de la prueba biológica. Cuestiones constitucionales y procesales", "La Ley", 2001-E-739; C.N.Civ., sala C, junio 13-1996, "El Derecho", 171-38). En esta línea argumental se ha afirmado que la oposición injustificada del demandado a cumplir con las pericias ordenadas es suficiente para tener por acreditada la paternidad, salvo prueba en contrario que la desvirtúe (Grosman, Cecilia P.; Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de

filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano", "El Derecho", 153-928; C.Civ., Com. y Contencioso Administrativo, 1ª Nom., Río Cuarto, oct. 4-2002, L.L.C., 2003-615).

2- Negativa por sí sola insuficiente para tener por acreditada la filiación que se reclama.

El sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia entiende que la sola resistencia del demandado a la realización del examen de A.D.N. es un indicio grave en contra del renuente pero sola no alcanza, sino que es necesario reforzarla con otras pruebas. Esta es la doctrina legal de esta Corte (causas Ac. 68.053, sent. del 7-VII-1998; Ac. 73.906, sent. del 24-XI-1999; Ac. 80.536, sent. del 11-IX-2002. Sostienen esta postura Zannoni, Eduardo A, "Derecho civil. Derecho de familia", 4ª ed., Astrea, Bs.As., 2002, t. 2, págs. 500 y 502; Lloveras, Nora, "Patria potestad y filiación", Depalma, Bs.As., 1986, págs. 90/91; Méndez Costa, María J.; D'Antonio, Daniel H., "Derecho de familia", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, t. III, págs. 97/98; Méndez Costa, María J., "Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente", "La Ley", 1989-E-563; Mazzinghi, Jorge A., "Renuencia paterna a la prueba hematológica", "El Derecho", 159-181; Mazzinghi, Jorge A. (h), "Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria", "La Ley", 1996-B-544; C. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, 13-X-88, "La Ley", 1989-E-563; C. Civ. y Com. Azul, 26-III-92, "Jurisprudencia Argentina", 1992-III-563; C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 2-VI-92, "Jurisprudencia Argentina", 1992-III-569; C.N.Civ., sala C, octubre 22-1993, "El Derecho", 157-270; íd., sala I, 31-V-95, "Jurisprudencia Argentina", 1995-IV-331; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, sala Civ. y Com., 29-IV-1994, "Jurisprudencia Argentina", 1995-III-311; C.S. Santa Fe, 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-536; C.N.Civ., sala E, febrero 26 de 1990, "La Ley", 1990-C-440; íd., sala I, junio 21 de 2001, "La Ley", 2001-E-739; Mizrahi, Mauricio L., "La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511", "Jurisprudencia Argentina", 2004-II-1467; del mismo autor, "Identidad filiatoria y pruebas biológicas", Astrea, Bs.As., 2004, p. 109).

Es, asimismo, la posición seguida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español que ha afirmado (14-II-2005): "la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta" (En este sentido también se registra en nuestros repertorios una sentencia anterior, del Tribunal Constitucional de España, sala 1ª, enero 17-1994, "El Derecho", 157-255).

Ésta es la postura que comparto y que he desarrollado en mi voto en las ya citadas Acs. 85.363, 96.106, 95.848, 96.140 y 98.100, a las cuales remito en honor a la brevedad. Es que como bien ha dicho Mizrahi, si nos atenemos a lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511, "la norma habla de 'indicio' y no de confesión ficta (...). La conducta del progenitor sospechado ha de constituir (...) un hecho real y probado, que constituirá un 'elemento de convicción corroborante' (art. 163, inc. 5) aunque ostentará un alto valor en comparación con los restantes elementos colectados" (Mizrahi, Mauricio L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas" cit., fs. 108/109). Ahora bien, frente a la negativa injustificada alcanza un escaso complemento para formar la convicción del juez (C.N.Civ., sala E, 2-X-1987, "La Ley", 1988-D-310; íd., 26-II-1990, "La Ley", 1990-C-440; íd., sala F, 19-X-1989, "Jurisprudencia Argentina", 1996-I-367; íd., sala 1, junio 21 de 2001, "La Ley", 2001-E-

739; C. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, 13-X-1988, "La Ley", 1989-E-563; C. 1ª C.C. San Isidro, sala I, abril 28-1994, "El Derecho" 159-181; C.Civ. y Como Azul, 26-III-1992, "Jurisprudencia Argentina", 1992-III-563; C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 2-VI-1992, "Jurisprudencia Argentina", 1992-III-569; C.Civ. y Com. Bahía Blanca, sala I, 27-XII-1991, "Jurisprudencia Argentina", 1992-III-573; C.S. Santa Fe, 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-536).

III- ¿Se da en los presentes autos ese complemento que sumado a la negativa alcanza para formar la convicción del juez?

Considero que no.

A fs. 48 de la causa penal declara la doctora Marcela María Astete Millán y dice en relación a M. V. "que le dio el ingreso y que recuerda que derivaba de otra clínica ... Preguntada por S.S. para que diga si recuerda que V. presentara signos de embarazo a la ficha de su ingreso contestó que la misma presentaba una amenorrea, que significa un atraso menstrual...".

A fs. 57, también de la causa penal declara el doctor Enzo Hugo Cascardo:

Ante la pregunta de "si tuvo conocimiento de que V. hubiere ingresado embarazada a la clínica o ésta le hubiere comentado algo al respecto, dijo que no. Que se trataba de una chica que hablaba poco atento al retraso mental que presentaba. Que recuerda que la madre o alguien le había mencionado sobre unas marcas que habría tenido esa internada. Que al respecto dice el deponente que no recuerda haberle visto marca alguna..."

A esta declaración la recurrente le da un alcance distinto del que objetivamente puede extraerse, es decir lo único que dijo este profesional es desconocer el embarazo y que la paciente no le había comentado nada al respecto.

A fs. 251 el doctor Aníbal de los Santos, Director médico presenta el pedido de informes respondiendo a lo solicitado que:

a- M. F. V. ingresó a la clínica Red Terapia de Salud Mental el día 4 de marzo de 1998 y egresó el 8 de mayo de 1998.

b- El paciente J. R.S. , debido a su diagnóstico de alcoholismo crónico, tuvo varias internaciones cuyas fechas son:

1- desde el 9 de noviembre de 1989 hasta el 24 de noviembre de 1989.

2- desde el 5 de julio de 1995 hasta el 24 de enero de 1996.

3- desde el 30 de junio de 1997 hasta el 24 de julio de 1997.

4- desde el 26 de julio de 1997 hasta el 30 de julio de 1997

5- desde el 23 de noviembre de 1997 hasta el 10 de marzo de 1998.

6- desde el 18 de marzo de 1998 hasta la misma fecha.

Se agrega lo siguiente: "Las fechas informadas surgen de las historias clínicas, cuyas copias obran en el sumario. B) Para poder determinar con que otros pacientes compartían la habitación los señores M. F. V. y J. R.S. , es necesario revisar las historias clínicas de todos los pacientes internados en la modalidad de agudos, lo que demandará no menos de treinta días. No obstante ello se deja constancia que la Sra M. F. V. compartía la habitación con pacientes femeninos en el primer piso, y el Sr. S. con pacientes masculinos en planta baja. Cabe agregar que la Institución no cuenta con ascensores". (El resaltado me pertenece).

En síntesis, el demandado estuvo internado varias veces, y no se ha acreditado que durante las mismas se hayan denunciado episodios similares al que nos ocupa.

Si, además, se tiene en cuenta que el señor S. ha sufrido la amputación de ambas piernas (fs. 135), que usa prótesis y trípode (fs. 144) para poder desplazarse y que según el informe de la clínica su habitación se encuentra en la planta baja y la de la señora V. en el primer piso, resulta al menos difícil imaginar que el mismo superó estas vallas arquitectónicas, se introdujo en la habitación de la insana y la violó sin que nadie advirtiera el hecho.

A lo anterior se suma que la causa penal culminó con el dictado de sobreseimiento provisorio (art. 382 inc. 2º, C.P.P.) por considerarse que "pese a las diligencias practicadas en autos no se ha podido individualizar al autor o a los autores del delito de violación del que resultara víctima M. V. ".

Todo lo expuesto me lleva a confirmar lo que dijera el tribunal de familia en su sentencia, a saber "no solo no existe prueba alguna que avale la pretensión incoada, sino que los elementos recogidos en la causa penal 39.584 ponen en tela de juicio la eventual responsabilidad del demandado en el embarazo de la representada de la actora" (fs. 104).

IV- Conclusión.

Tal como lo he expuesto en las Acs. 85.363, 96.106, 95.848, 96.140 y 98.100 citadas, me inclino por el criterio por el cual es necesario probar la verosimilitud del derecho para la realización de las pruebas biológicas y la sola negativa a su producción no es suficiente para establecer la filiación. Es que, ya es criterio de esta Corte que la negativa por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, si bien se constituye en una circunstancia gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión (conf. art. 4, ley 23.511; causas Ac. 68.872, sent. del 1-IX-1998, Ac. 73.906, sent. del 24-XI-1999, conf. Ac. 80.536, 11-IX-2002). El problema, en estos actuados, es que no se ha producido ninguna otra prueba que permita complementar el indicio surgido de la negativa y, ya lo he dicho, solo no alcanza.

Por las razones expuestas, voto por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

1. Adhiero al voto de mi distinguido colega preopinante, en cuanto propone el rechazo del recurso deducido, por tratarse de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la competencia casatoria de este Tribunal (art. 279, C.P.C.C.; doct. Ac. 85.232, sent. del 1-X-2003; Ac. 89.299, sent. del 23-XI-2005; Ac.

90.751, sent. del 18-VII-2007; C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008, etc.) sin que de la pieza en tratamiento se advierta la existencia de una hipótesis excepcional de absurdo.

2. En efecto, en ambas articulaciones impugnativas (fs. 111. in fine y vta., 135) se reconoce la vigencia de la doctrina legal de esta Corte según la cual la negativa a someterse a la prueba genética por si sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, si bien se constituye en una circunstancia especialmente gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios (doct. causas Ac. 80.536, sent. del 11-IX-2002; Ac. 89.299, sent. del 23-XI-2005; C. 98.359, sent. del 12-III-2008; C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008, entre muchas otras).

La crítica de los quejosos se limita exclusivamente a cuestionar la apreciación de los diversos elementos de juicio tenidos en cuenta por el a quo para analizar la suficiencia de los datos corroborantes de la presunción establecida en el art. 4 de la ley 23.511, sin lograr acreditar un yerro ostensible en dicha tarea valorativa, que permita calificar al fallo de absurdo.

Las razones aportadas por el sentenciante y precisadas por el doctor Genoud bastan para advertir que el decisorio es ajeno al grave vicio descalificador, que -como fuera expuesto- constituye la única hipótesis en la que esta Corte puede ingresar a conocer en agravios que versan sobre la determinación de los presupuestos fácticos de la litis.

Voto por la negativa.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I) Discrepo con la postura asumida por los colegas que me preceden en el orden de votación, y por tanto coincido con el dictamen del Subprocurador General, ya que considero que hubo absurdo en la valoración de la prueba, tal y como también lo afirman las recurrentes.

En ese sentido, estimo que los planteos efectuados por la Asesora de Menores e Incapaces, cuya línea argumentativa coincide con la de la actora, razón por la cual sus recursos serán tratados conjuntamente, deben ser atendidos.

II) El tribunal de familia en su veredicto dictaminó que no se encontraba probado el vínculo biológico invocado.

Para ello sostuvo que en causas donde se discuten este tipo de cuestiones, debe existir por parte de los interesados una actividad probatoria acorde a la materia y afirmó que en el caso no se había actuado de ese modo. Así, aseveró: "... la carga no significa obligación de probar, ni siquiera necesidad de que la prueba proceda de alguna parte; significa estarse a las consecuencias de que la prueba se produzca o no. De ahí resulta que quien no prueba los hechos que debe demostrar, sufre las consecuencias de perder el pleito si de ello depende la suerte de la litis. Es decir que cuando alguien, como la aquí actora, inicia una acción, toma a su cargo una actividad probatoria cuyo incumplimiento la expone al riesgo de no lograr la demostración de los hechos oportunamente afirmados; incumplimiento este que no puede ser suplido por la imaginación" (fs. 99 vta.).

En virtud de ello sentenció: "... sin perjuicio de los antecedentes que puedan extraerse de las causas venidas ad effectum videndi en cuanto a la incapacidad de la actora y de la existencia de

un hecho denunciado penalmente, que habría dado origen al embarazo y posterior nacimiento de R. , lo cierto es que tales elementos ni siquiera pueden significar una presunción respecto del demandado" (fs. 100).

En pos de arribar a esta conclusión, hizo mención al testimonio prestado por la madre de la niña, quien dijo que luego del episodio protagonizado con S. , tenía su ropa interior puesta, no notando nada en su zona vaginal (fs. 100). Con el mismo objeto citó lo dicho por quien efectuó el ingreso de la paciente, la doctora Marcela Astete Millán, quien afirmó que al entrar la señora V. a la clínica presentaba un atraso menstrual (fs. 100).

Como conclusión, y en relación al comportamiento procesal del demandado, el tribunal dijo: "...cabe señalar que no existió por parte de éste un desentendimiento total respecto del trámite de estos actuados, ya que a través de su apoderado compareció tanto a la audiencia de vista de causa, contestando oportunamente en forma expresa la demanda, y negando la paternidad que se le atribuye." Bajo el mismo orden de ideas sostuvo: "Si bien no puedo desconocer que la negativa del demandado a someterse a la pericia genética, debe constituir sin lugar a dudas una grave presunción en su contra, a los fines perseguidos en este proceso (conf. art. 4 ley 23.511) y que con tal actitud el accionado, lejos de contribuir al esclarecimiento de la cuestión planteada, obstruye en forma clara su debida dilucidación, también lo es que esa sola presunción, no es suficiente por sí sola para la determinación de la paternidad pretendida." (fs. 100 vta.).

En oportunidad de dictar sentencia y en consonancia con las conclusiones a las que arribó en el veredicto, el tribunal de Familia estableció: "Como principio general la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no pruebe los hechos que invoca como fundamento de la pretensión, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis" (fs. 103).

III) Las partes impugnantes, en su recurso denuncian errónea aplicación e interpretación de los arts. 4º de la ley 23.511 y 375 del Código Procesal Civil y Comercial, ya que debieron ser leídos a la luz del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional a través del cual se incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, invocan violación de la ley y doctrina legal y/o su aplicación errónea, como así también absurdo en la valoración de la prueba (fs. 107 y vta.).

A tal fin citan doctrina de esta Corte en la que se dispuso: "si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial" (Ac. 62.514, sent. del 15-IV-1997; Ac. 51.583, sent. del 17-X-1995) (fs. 111 vta.).

Con el objeto de probar que hubo absurdo en la valoración de la prueba, afirman que existió una interpretación que contraría la sana crítica al apreciarse las constancias que surgen de la causa penal, y apuntan varias circunstancias en las que ello quedaría plasmado:

1) de la causa penal surge que M. V. y el demandado se encontraban internados en la Clínica Red Therapia de Salud Mental a la fecha probable de concepción;

2) consta que con fecha 18-V-1998 M. estaba cursando una gesta de embarazo de 11,2 semanas;

3) coincide la fecha probable de embarazo con la estadía del demandado en la clínica en la que estaba internada M. ;

4) el testimonio brindado por M. describiendo el episodio en el que cree quedó embarazada, interpretado sin tener en consideración el retraso mental que padece y los psicofármacos que le eran suministrados;

5) las lesiones físicas en el cuerpo de M. notadas en la fecha en que posiblemente quedó embarazada;

6) la inexistencia en las fichas de admisión de constancia de que la paciente presentara un atraso menstrual.

En cuanto a la valoración contraria a derecho por parte del tribunal, sostienen los recurrentes que la interpretación que aquél efectuó respecto a la negación por parte del demandado de realizarse la prueba biológica, sumada a la conducta desplegada por él en el transcurso del proceso, durante el cual se limitó a negar todos los hechos, a oponerse a toda la producción de la prueba ofrecida por la contraparte, sin ofrecer ninguna otra y sin comparecer a las audiencias a las que fue citado, ponen de resalto que no tuvo en consideración la actitud obstruccionista del supuesto padre, que infringe el deber de colaborar con la justicia y obrar con lealtad y buena fe procesal en la búsqueda de la verdad (fs. 112).

Al efecto, y con el fin de demostrar el equívoco con el que tropezó el tribunal de origen en relación a la valoración del comportamiento del demandado durante el juicio, menciona la doctrina de esta Corte que expresa: "En el caso de autos, entiendo que ante la negativa del demandado a realizar prueba genética y ante la certeza que provoca la realización de la misma, como ya se señalara supra, sin alterar las reglas de las cargas de la prueba, se impone al demandado el deber de colaboración, cuyo incumplimiento puede generar una presunción en su contra" (S.C.B.A., Ac. 46.039, sent. del 4-VII-1992) (fs. 115 vta.).

Concluyen en relación a esta parcela, que el juzgador se apartó de la doctrina legal al aplicar un criterio excesivamente restrictivo en la apreciación de la prueba, además del absurdo en el que incurrió. Ello en razón de que no se contempló que los hechos denunciados tenían como protagonista una insana internada por intento de suicidio, medicada con sedantes, que los hechos acaecieron en una clínica psiquiátrica, y que el reconocimiento de este hecho por parte del nosocomio generaba su responsabilidad civil (fs. 116).

En tal sentido señalan que esa valoración rígida de la prueba se opone a la sana crítica, y provoca que la sentencia se torne contraria a derecho por haber desechado numerosos elementos probatorios que refuerzan el indicio grave nacido de la negativa a someterse a la prueba pericial y por tanto generan la desinterpretación del art. 4 de la ley 23.511 (fs. 114).

IV) Como fue puesto de manifiesto, considero que el recurso debe prosperar.

Ello en virtud de que el tribunal ha descartado constancias que evaluadas conjuntamente con la presunción establecida en el art. 4 de la ley 23.511 y relacionadas con la falta de colaboración del demandado en el transcurso del proceso, debieron arrojar como resultado posible el

establecimiento del nexo biológico entre la niña y aquél, todo lo cual causa la configuración del absurdo invocado por las recurrentes, la violación a la doctrina legal que mencionan y la inaplicación de los tratados internacionales acogidos por nuestra carta magna en su art. 75 inc. 22.

De lo dicho en el párrafo anterior, se desprende que el absurdo en el que incurrió el juzgador tiene su génesis en dos causas, la primera en la falta de valoración de las pruebas que hacían viable la existencia de relaciones sexuales entre el demandado y la señora V. ; y la segunda en la incorrecta interpretación que desarrolló sobre la actitud procesal del demandado, lo que devino necesariamente en la desinterpretación de la ley 23.511, en la inaplicabilidad de los tratados sobre derechos humanos incorporados en nuestra Constitución nacional y en la violación de doctrina legal de esta Corte.

V) En tal sentido, la primera de las causas que se enuncia, encuentra sustento en las constancias de la causa penal que fue acompañada como prueba. En efecto, la señora A. N. G. en representación de su nieta y como curadora de su hija declarada insana, deduce acción de reclamación de filiación extramatrimonial contra R. J. S. (fs. 30).

En esa oportunidad la actora hace saber que el 4 de marzo de 1998 su hija fue internada en la clínica privada Terapia Norte, y que el día 7 del mismo mes y año fue a visitar a su hija y observó que tenía moretones en algunas partes de su cuerpo; por lo que al día siguiente efectuó denuncia policial y solicitó que fuera revisada por un médico policial, quien constató la presencia de hematomas en ella. Tiempo después descubre que su hija estaba embarazada y dado que el período posible de gestación coincidía con aquél en el que notó los hematomas, comienza una investigación penal por violación contra el señor S. , ya que él había sido señalado por su hija como su supuesto atacante (fs. 30 vta./31).

Solicita en dicha causa como prueba, que sean requeridas por parte del tribunal las ecografías obstétricas practicadas a su hija, la causa penal en la que fue investigado el señor S. , prueba pericial genética, testimonial y confesional entre otras (fs. 32/33).

Así, de las constancias obrantes en la causa penal que había sido peticionada por la actora, merece destacarse a fin de establecer si hubo o no absurdo en la valoración de la prueba y violación de doctrina legal, en primer lugar las pericias realizadas sobre la mamá de la niña.

De tal modo, emerge del examen físico efectuado el 8-III-1998 por el médico policial sobre la señorita M.V. : "hematomas en región lateral izquierda de región cervical uno de 2,5 x 1cm y otro de 1 x 1cm aproximadamente, contusión y edema en número de dos uno en región retroauricular o mastoidea y otro en región parieto occipital ambos izquierdos, hematomas en número de tres de 1,5 x 1,5cm aproximadamente en cara anterior de muslo derecho, hematoma de 3 x 3cm aprox en cara lateral externa de muslo izquierdo, hematoma en cara anterior de ambas rodillas, las lesiones descriptas tienen una evolución aproximada entre 24 y 36 horas al momento de este examen..." (fs. 3, causa penal).

A su vez, en su declaración M. V. expresó: "que fue sometida sexualmente por un paciente de la clínica de la que se encontraba, Clínica Terapia norte, donde recuerda que hubo una persona que compartía con la diciente las comidas que le proporcionaban en el establecimiento, que una noche cuando ella dormía producto de unas pastillas que el médico de guardia le había dado, se despertó con esta persona encima suyo, la cual le dijo 'soy J. ', al darse cuenta de eso la diciente lo

empuja, arrojándolo al suelo, luego esta persona se va, quedando la diciente durmiendo, hasta que apareció una enfermera llamada 'S. ', la que la acompañó a darse un baño ... que a esta persona la conocía de vista, su nombre era J.S. , era paciente de dicho nosocomio, y con respecto a su aspecto físico, el mismo carecía de ambas piernas ... no puede decir que J. en tal acto haya mantenido relaciones sexuales con la diciente, suponiendo que su embarazo es producto de lo que comentara recientemente, por cuanto no encuentra ninguna otra explicación a su estado de gestación ... en la habitación donde todo ocurrió se encontraban dos personas de avanzada edad, de las cuales, una no habla, la otra no escucha y ambas estaban durmiendo" (fs. 9/10, causa penal).

Asimismo, en su declaración la médica de guardia Marcela María Astete Millán que dio ingreso a la Clínica a la señora V. refirió: "... que le dio el ingreso y que recuerda que derivaba de otra clínica, prestando la nombrada un cuadro de intoxicación por abuso de psicofármacos ... que la misma presentaba una amenorrea, que significa un atraso menstrual, que podía significar la presencia de un embarazo o alguna disfunción por distintos motivos. Que esta circunstancia le fue mencionada por la misma paciente, a lo que no le prestó mayor atención dado el cuadro de depresión e intoxicación que presentaba" (fs. 48 y vta., causa penal).

En relación al embarazo de la señora V. , también fue preguntado el médico especialista en psiquiatría de la clínica Enzo Hugo Cascardo quien expuso: "que recuerda a la paciente. Que ingresó a la clínica unas semanas antes de que el diciente dejara de trabajar en la misma... que la habrá visto unas seis veces aproximadamente y se encargaba del abordaje psicoterapéutico y psicofarmacológico". Además expresó que no tenía conocimiento de que V. hubiese ingresado embarazada a la clínica (fs. 57 y vta., causa penal).

En relación a la solicitud de informe pericial por parte del juzgado penal, la Oficina Pericial Departamental dictaminó: "Del minucioso estudio de los elementos obrantes en autos, se desprende que M. V. tuvo su última menstruación el 28/2/98... lo que permitiría inferir que la fecundación se produjo aproximadamente entre el 10 y 14/03/98, más menos una semana, teniendo en cuenta que la ovulación se presenta en la mitad de un ciclo sexual regular de 28 días" (fs. 70, causa penal).

Asimismo, de la solicitud de informe respecto a las fechas de ingreso de los pacientes V. y S. , presentado por la Clínica Red Therapia de Salud Mental, surge que la señora V. ingresó allí el 4 de marzo de 1998 y egresó el 8 de mayo del mismo año. En relación al señor S. consta que aquél tuvo numerosos ingresos y egresos dentro de los cuales emerge un ingreso el 23 de noviembre de 1997 que duró hasta el 10 de marzo de 1998 y un ingreso y posterior egreso el 18 de marzo de 1998 (fs. 251, causa penal).

Por otra parte, puede verse en el expediente que tuvo su desarrollo en sede penal, que todos los testigos propuestos se encontraban imposibilitados de prestar su testimonio, algunos en razón de su estado de salud mental y otros porque habían fallecido (fs. 256 y vta.; 261; 262, causa penal).

Todas estas circunstancias sumadas a la negación del señor S. a realizarse la extracción de sangre para que pudiera efectuarse un examen comparativo de A.D.N., llevaron a que se dictara su sobreseimiento provisorio en razón de no poder individualizarse los autores del delito de violación (fs. 281 y vta., causa penal).

VI) Como puede verse, del estudio de la causa penal surge la concurrencia de varios hechos que al menos hacen dudar sobre la posibilidad de que el señor S. haya mantenido relaciones sexuales con la señora V. . Esa duda, en virtud del principio de inocencia juega a su favor en el ámbito penal, pero ello no es trasladable al civil, pues el art. 4 de la ley 23.511 establece justamente lo contrario.

Sobre esos hechos el tribunal no hizo ninguna valoración, no obstante estar obligado a hacerlo, ya que por la negación del demandado a hacerse el A.D.N. su atención debió haberse centrado en ellos, con el fin de determinar si los mismos podían constituirse o no en factores que elevasen el grado de presunción ya acaecido por la negativa del demandado a someterse al estudio biológico tal y como lo establece el art. 4 de la ley 23.511, que en su parte pertinente dispone: "... la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente."

Así, esta Suprema Corte, en criterio que más de una vez compartí, ha dicho que si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especialmente gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que, unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial (art. 4, ley 23.511; Ac. 79.821, sent. del 10-X-2001; Ac. 80.536, sent. del 11-IX-2002; C. 85.363, sent. 27-VIII-2008).

Estimo entonces, que el juzgador para arribar a su decisión ha dejado de lado esos otros elementos probatorios que menciona la doctrina citada, que a pesar de la dificultad imperante la actora produjo y que aumentan el nivel de presunción respecto de la paternidad del señor S. . Además considero que valoró algunos de ellos en contraposición con las probanzas adjuntadas y por tal razón violó esta doctrina.

Ejemplo de ello es que no ha tenido en cuenta la pericia que consta a fojas 70 de la causa penal que concluye: "Del minucioso estudio de los elementos obrantes en autos, se desprende que M. V. tuvo su última menstruación el 28/2/98 ... lo que permitiría inferir que la fecundación se produjo aproximadamente entre el 10 y 14/03/98, más menos una semana, teniendo en cuenta que la ovulación se presenta en la mitad de un ciclo sexual regular de 28 días".

En ese sentido, del examen de la experta surge con claridad que la última menstruación de la paciente acaeció el 28 de febrero del año 1998, dato sobre el que nada dice el tribunal de grado, apoyándose en cambio en la declaración prestada por la médica que dio ingreso a la paciente a la clínica que afirma que la señora V. manifestó tener un atraso, circunstancia que no dejó asentada en ningún lado, ni informó al médico que debía suministrarle los psicofármacos, a pesar de que evidentemente él debía estar al tanto de ello ya que los medicamentos que se le daban podían tener resultados adversos en mujeres en estado de gravidez.

No obstante la importancia en la omisión de valoración respecto a este aspecto del dictamen pericial, él tiene otra implicancia decisiva, porque de esta prueba incontrovertida deviene que si el último período de la paciente acaeció en esa fecha, no es factible que al ingresar a la clínica tuviera un atraso, simplemente porque existen sólo cinco días de diferencia entre su última menstruación y su entrada a la clínica y por ende un atraso menstrual era materialmente imposible. De todas formas lo grave aquí, es que este hecho de palmaria importancia ni tan siquiera fue mencionado, ya que se prescindió en la sentencia sin fundamento alguno de la pericia que arroja estos datos y

se le confirió certeza indubitable a la declaración de la médica que se contrapone notoriamente con aquélla.

De todas maneras, la falta de análisis de lo dictaminado por la perito tiene resultados aún más groseros, ya que omite el tratamiento de un punto de trascendencia ineludible en esta causa, que es la determinación de la fecha posible de fecundación, la cual aproximadamente según la experta debió suscitarse entre el 10 y 14-III-1998, más menos una semana; fechas que cobran relevancia mayor por coincidir con la entrada de M. a la clínica y con la estadía en ese mismo período del demandado en ella, lo que implica que durante las posibles fechas de fecundación ambos compartían albergue en el mismo nosocomio.

A dar más fuerza a estos indicios, concurre la declaración prestada por la señora V. , quien con un relato plasmado de inocencia, que se condice con su marcado retraso madurativo, describe que una noche en la que ella se encontraba durmiendo en su habitación despertó a causa de tener al señor S. encima suyo y que cree que fue en aquélla oportunidad en la que quedó embarazada, ya que sino no se explica de qué otra manera pudo haber ocurrido.

Sobre esta declaración prestada en sede penal, el tribunal interpreta que el relato es confuso sin detenerse mínimamente en el análisis de los pormenores de ese suceso, que tiene como protagonista a una joven fuertemente medicada que adolece de un retraso mental, respecto de la que ignoran qué entiende por relaciones sexuales y a pesar de que describe las características físicas precisas del demandado del que nadie pudo haberle hablado y expresa que debió empujarlo para sacarlo de encima suyo, ninguna reflexión hace en relación a ello.

Todo esto ha sido ignorado por el sentenciante, la pericia no existe, la coincidencia entre las fechas de internación de ambos tampoco, el relato de M. es confuso y el de la médica Millán que expresa que no le dio mucha importancia a lo que manifestó la paciente al entrar a la clínica respecto a un atraso menstrual, determinante y decisivo para la resolución de la causa.

Como puede verse, sí existen en el expediente penal constancias que agravan y dan fuerza a la presunción derivada de la negación a la realización del examen genético, que a la luz de todo lo hasta aquí expuesto demuestra que no estamos frente a una causa huérfana de pruebas.

Además, debe tenerse en cuenta que en los juicios de filiación, los hechos que debe probar la madre que pretende el reconocimiento de la paternidad en cabeza del presunto padre ocurren normalmente en la intimidad, razón por la cual su prueba resulta "diabólica" (Bilesio, Juliana-Gasparini, Marisa, "Cargas probatoria dinámicas", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 514)

Claro es, y así se ha puesto de manifiesto por esta Corte en reiteradas oportunidades, que es difícil acreditar la consecución de relaciones sexuales, y en tal sentido, si esa máxima es aplicada a la generalidad de los casos de estas características traídos a nuestro conocimiento para ser más flexibles en cuanto a la exigencia de la carga probatoria o a la índole de certeza que arroja la prueba, el presente debe ser considerado en todas sus particularidades, teniéndose especialmente en cuenta la dificultad probatoria a la que se enfrenta la madre y representante de M. a quien no debió habersele cargado con toda la responsabilidad por falta de pruebas concluyentes, ya que en definitiva la única que detenta ese valor en este tipo de procesos es la que el demandado decidió evitar.

Por tanto, la denuncia que hacen los apelantes en relación a la configuración del vicio de absurdo en virtud de la falta de ponderación de todas estas probanzas a la luz de lo establecido por la ley 23.511 en su art. 4 es certera y atendible.

VII) La particularidad de este caso, en el cual el camino para la reconstrucción de los hechos está plagado de grietas infranqueables por ser la principal protagonista del suceso una mujer discapacitada, internada en una clínica en la que nadie excepto el personal que trabaja en ella está posibilitado para brindar testimonio, ponía de resalto que la carga de la actora era todavía más ardua que en el común de los casos de esta especie y que en tal sentido, más que nunca debía tenerse en consideración la actitud procesal del demandado, por ser demostrativa de su buena o mala fe procesal y por dejar al descubierto que tiene algo que ocultar.

La regla que establece que el que afirma es el que debe probar, resulta incompleta cuando nos enfrentamos a la carencia de pruebas acerca de los hechos; pues es el presunto padre demandado el único que tiene la posibilidad de aportar los elementos para que la prueba biológica se realice, de lo que se infiere que la actora se enfrenta a la consecución de una prueba que se le escapa de las manos por no tener la posibilidad de exigir su producción y por tanto no es que no pruebe por su negligencia o desinterés, sino en virtud de su imposibilidad fáctica.

En relación a la importancia que reviste la colaboración procesal en causas donde se promueven acciones de filiación, este Tribunal ha dicho: "En el caso de autos, entiendo que ante la negativa del demandado a realizar prueba genética y ante la certeza que provoca la realización de la misma, como ya se señalara supra, sin alterar las reglas de las cargas de la prueba, se impone al demandado el deber de colaboración, cuyo incumplimiento puede generar una presunción en su contra" (S.C.B.A., Ac. 46.039, sent. del 4-VII-1992).

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "I." (sent. del 22-VII-1985, "Jurisprudencia Argentina", 1986-I-473) ha establecido que el principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni el adecuado y deseado resultado de la justicia.

Así, se desprende de la citada jurisprudencia, que la falta de colaboración de un litigante en la realización de ese estudio ha sido evaluada como un grave indicio en contra de esa parte que toma mayor envergadura cuando tampoco colabora de otro modo en el proceso. Ello encuentra respaldo jurídico tanto en el art. 253 del Código Civil como en el art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial.

En tal sentido, el art. 253 del Código Civil preceptúa: "En las acciones de filiación se admitirán toda clase de prueba, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte". Esta norma pone de resalto que en este tipo de procesos el fin principal es el hallazgo de la verdad y por ello reconoce amplitud probatoria al establecer que será admitida toda clase de prueba, y de otro lado, se despreocupa de quién debe producirla al disponer que podrán ser decretadas de oficio, lo cual pone en jaque la aplicación del imperativo del propio interés en el marco de este tipo de juicios.

Coincide y da fuerza a la norma citada en cuanto a que la falta de colaboración procesal pueda convertirse en prueba, el art. 163 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial que reza: "Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y

probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".

Se advierte a partir de lo expuesto el error del juzgador que tomó como eje de su decisión el imperativo del propio interés y en razón de ello hizo pesar toda la carga de la prueba sobre la actora. Así, en el desarrollo del estudio sobre la presente causa, fue citada la parte de la resolución en la que expresó: "... cuando alguien, como la aquí actora, inicia una acción, toma a su cargo una actividad probatoria cuyo incumplimiento la expone al riesgo de no lograr la demostración de los hechos oportunamente afirmados; incumplimiento este que no puede ser suplido por la imaginación" (fs. 99 vta.).

Bajo ese orden de ideas también sostuvo: "Como principio general la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no pruebe los hechos que invoca como fundamento de la pretensión, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis" (fs. 103).

Estas afirmaciones fueron mantenidas, no obstante dejar sentado en el decisorio, que consta la celebración de una audiencia ante el Consejero de familia a la que no concurrió el accionado (fs. 102) y que el señor S. sólo acudió al proceso a través de su representante. Así, más allá de esas conductas demostrativas de falta de cooperación de quien además se había negado a la prestación de una prueba esencial como lo es el estudio hematológico, el tribunal de grado postuló: "... cabe señalar que no existió por parte de éste un desentendimiento total respecto del trámite de estos actuados, ya que a través de su apoderado compareció a la audiencia de vista de causa, contestando oportunamente en forma expresa la demanda, y negando la paternidad que se le atribuye" (fs. 100 vta.) (El resaltado me pertenece).

Como puede verse, el juzgador asume que el demandado hizo lo que debía hacer por el sólo hecho de contestar la demanda, lo que a todas luces no se asimila a prestar cooperación. Por otra parte, al aclarar que el desentendimiento de aquél respecto de las actuaciones no fue total, está reconociendo que existió un alto nivel de indiferencia, el cual no se condice con el deber de colaboración de las partes y hace que tome cuerpo una nueva presunción en su contra.

Así, considero que la actitud del señor S. debe ser valorada a la luz de los intereses en juego, y en tal sentido no puede darse preeminencia para definir una causa de estas características al dispositivo procesal que hace pesar sobre las espaldas de quien promueve el proceso la carga absoluta de la prueba por ser un imperativo de su propio interés. Ello en razón de que aquí el interés debatido trasciende el ámbito meramente privado al estar involucrado necesariamente el derecho a la identidad de las personas y al correcto emplazamiento en su verdadero estado de familia, amparado por la Constitución nacional en su art. 75 inc. 22 a través del cual son incorporados diversos tratados sobre derechos humanos y, en el caso en cuestión, principalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño.

El fin buscado en esta clase de procesos es investigar el verdadero vínculo biológico entre el progenitor y el presunto hijo; este último es el sujeto principal en el juicio y no el presunto padre; por ello la falta de diligencia en el obrar de los demandados no puede traducirse en consecuencias jurídicas para el hijo. El hijo quiere saber quién es su padre. No que se le busque un padre (Solari, Néstor "Negativa al sometimiento de las pruebas biológicas. Consecuencias", L.L Litoral, 1998-1-432).

Desde esa perspectiva, al prestar mi adhesión al voto del doctor Hitters en la causa C. 85.363 del 27 de agosto del 2008, sostuve que dicho documento internacional confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8), y cualquier negativa o conducta obstativa de los eventuales progenitores u otros parientes puede generar efectos en su contra, entre otras, la presunción que establece el art. 4 de la ley 23.511.

Bajo este orden de ideas, surge nítidamente al leer el expediente, que el demandado jamás concurrió al proceso, ni tan siquiera presentó su versión de los hechos, ni trató de incorporar prueba que tuviera por fin dar sustento a su postura. De tal modo, la concurrencia a prestar declaración a través de la fuerza pública que tuvo lugar en el proceso penal, y que en ese ámbito no puede ser valorado como presunción en su contra, sí constituye un indicio más que corrobora su falta de colaboración en el marco del proceso civil, ya que su comportamiento tuvo continuidad en aquél y la valoración de dicha conducta permite visualizar una marcada obstrucción en el hallazgo de la verdad, que no puede ser avalada por quienes administran justicia ya que se contraponen con su cometido.

Ello en virtud de que el principio constitucional del debido proceso no implica transformar la actuación ante los tribunales en un ámbito en donde no interese la verdad jurídica ni la conducta de los litigantes, máxime cuando se priva a la otra parte de su derecho a producir prueba idónea a fin de arribar a la verdad como meta de la justicia, pues de otro modo tendría una sola de las partes, por propia decisión, un señorío sobre la prueba, además de lesionar los deberes de colaboración, lealtad y buena fe exigibles a las partes en el proceso (Solari, Néstor E., "La conducta procesal de las partes en el juicio de filiación", L.L. Litoral, 2005-1194).

Por otra parte, la solución prevista en la ley 23.511 se adecua al moderno derecho procesal, que consagra el principio de las cargas probatorias dinámicas (prueba quien está en mejores condiciones de probar) y otorga valor a la conducta o comportamiento procesal de las partes. Es decir, en los procesos de filiación hay que acudir al criterio de cargas dinámicas, que constriñe a ambas partes al aporte de medios de comprobación directos o de indicios para acreditar los fundamentos fácticos de sus respectivas posiciones (Solari, Néstor E., "Valoración de la prueba biológica. Cuestiones constitucionales y procesales", "LA LEY", 2001-E, 739).

En consonancia con esa postura, Morello, señala que ya sea que se eche mano a la moderna concepción procesalística de las cargas dinámicas de la prueba o a la visión solidarista del proceso mismo; es inocultable que el proceso de filiación supera el mero interés de las partes como centro de distribución del onus probandi, acentúa un criterio de efectiva cooperación y reclama un rol más activo del demandado, descartándose aquéllos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa (Morello, Augusto; La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso, en "Jurisprudencia Argentina", 1991-III-52 y Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba. [La colaboración al órgano sin refugiarse en el sólo interés de la parte], en "El Derecho", 132-953).

De tal modo, queda claro que tanto para la ley como para la jurisprudencia y la doctrina, resulta improcedente hacer la vista gorda ante argucias procesales que tienen como fin negarle a una persona la filiación que le pudiera corresponder, pues ello implicaría sólo injusticia. Por tanto cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte es quien debe comportarse solidariamente para que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Es justamente en esta parcela donde entiendo que el tribunal yerra en su interpretación, sucumbiendo en el vicio de absurdo, pues surge con claridad de la compulsión de las actuaciones, que el demandado en ninguna oportunidad colaboró con el proceso, corroborándose a su respecto una actitud remisa, obstruyendo a través de su conducta la determinación de la identidad de R. , que debe primar en relación a la aplicación estricta del imperativo del propio interés para la producción de la prueba, en razón de toda la normativa hasta aquí citada y por sobre todo frente a la Convención sobre los Derechos del Niño.

VIII) A partir de todo lo expuesto, entiendo que la negativa injustificada a la realización del estudio genético, sumada a la existencia de prueba que demuestra que el período de concepción coincide con aquél en que la señora V. y el señor S. estuvieron internados en la misma clínica y la declaración de ella que describe una situación con aquél que considera fue la causa de su embarazo; así como la notoria e infundada falta de colaboración en el proceso por parte del demandado, constituyen indicios que generan en mí la convicción de que existe el vínculo biológico rechazado por el tribunal de Familia.

En virtud de ello, propongo se haga lugar al recurso y en consecuencia se revoque la sentencia apelada, teniéndose por demostrada la existencia de vínculo biológico entre el demandado y la menor.

Por lo aquí manifestado, doy mi voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I.- Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la doctora Kogan en cuanto entiende acreditados esos elementos probatorios adicionales que permiten, en el caso, actuar el indicio que dimana de la negativa injustificada del accionado a someterse a la realización de la prueba biológica, y de esta forma tener por verificado el nexo biológico pretendido.

En efecto, considerando que en el caso subanálisis el demandado se negó a realizar la prueba de histocompatibilidad pertinente a efectos de determinar la paternidad imputada, es dable reproducir lo que he venido sosteniendo con anterioridad, que resulta *mutatis mutandi* aplicable a las presentes actuaciones (Ac. 62.514, sent. del 15-IV-1997; Ac. 67.883, sent. del 21-IV-1998; Ac. 73.293, sent. del 24-VIII-1999; Ac. 79.821, sent. del 10-X-2001; Ac. 80.536, sent. del 11-IX-2002; Ac. 89.299, sent. del 23-XI-2005).

En tales precedentes sostuve que "el art. 4º de la ley 23.511, que entró en vigencia el 10 de julio de 1987 ... en su parte pertinente prescribe: ... la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente..."; normativa aplicable al caso de autos.

También en aquellos decisivos afirmé que "si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial (conf. Ac. 51.483, sent. del 17-X-1995, Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A., op. cit., p. 105 *14, quienes afirman que

tal negativa vigorizará la presunción en contra de quien adopta esa posición de resistencia, al punto que hay quien sostiene que en virtud de esa negativa debe tenerse por cierta la paternidad disputada, refiriéndose a Calarota, 'Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A.', LL, 1985-A-472; conf. Biscaro, op. cit., p. 32. En este último sentido, el reciente fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala C, publicado en ED, diario del 5-II-1997, bajo el número 47.665, con nota de Osvaldo Onofre Álvarez)".

Desde esta perspectiva, es posible afirmar -no sin dificultad- que en autos existen esos "otros elementos probatorios" (la época de la última menstruación de la paciente, la contemporánea cohabitación del demandado y la madre en la clínica en que ésta se hallaba internada a la época de la probable gestación de la niña, el episodio que relata la señora V. como ocurrido con el demandado durante una de esas noches), circunstancias que complementan el citado indicio y que por no haber recibido debida consideración por el tribunal de familia tornan descalificable, en grado de absurdo, su pronunciamiento.

Resulta asimismo determinante la ausencia de toda razón del demandado para abstraerse de dicho examen de A.D.N. Así se ha dicho que si las razones alegadas para oponerse a la realización de la prueba biológica son insuficientes ello autoriza, cuanto menos, a considerar como verosímil la posibilidad de la relación sexual que se invoca: la negativa es demostrativa de que algo tiene que ocultar (Ac. 82.018, sent. del 11-IX-2002), conclusión que resulta mucho más aplicable al sub lite, en el que directamente el demandado eligió no comparecer ni prestar la debida colaboración que en su justa medida este tipo de procesos exige de ambos litigantes (arts. 253, Cód. Civil; 163 y concs., C.P.C.C.).

II.- No obstante lo expuesto, empero, tal como ya manifestara en las causas C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008; C. 95.848, sent. del 25-III-2009; C. 96.106, sent. del 28-X-2009 y C. 96.140, sent. del 17-VI-2009, que me permito reproducir en lo pertinente, las vicisitudes acaecidas en casos como el presente me han llevado a repensar en todas sus facetas la honda problemática que éstos encierran; abarcando desde la trascendencia institucional de los procesos filiatorios; los deberes del Estado en el marco de los mismos; el estado actual de las ciencias; los derechos y principios constitucionales vinculados -en pugna o no-; las propias actitudes de los sujetos a favor de los que se han establecido tales prerrogativas; hasta el fin mismo del Derecho; su concreta realización y la infatigable búsqueda de una solución que posea enraizados y enaltezca los valores de verdad y justicia propios de toda sociedad organizada y madura.

Es que la norma del art. 4 de la ley 23.511 y la presunción derivada de la negativa al sometimiento a la prueba biológica por parte de quien fuera sindicado como padre de la menor solucionan sólo un tema, menor, relativo a las consecuencias materiales de la falta de reconocimiento de la paternidad atribuida; mas no contribuyen en modo alguno a brindar adecuada y cabal solución al problema de base que el proceso filiatorio evidencia ante la sociedad, esto es, la cuestión vinculada con la verdadera identidad de origen del niño.

Véase en la operatividad de la referida norma legal, así como en los escasos adicionales objetivos elementos de prueba que pueden extraerse de la presente causa, la conformación de una ficción jurídica destinada a dar cierta respuesta institucional frente al estado de incerteza sobre el vínculo filiatorio habido entre la menor y el demandado, que en verdad atiende en mayor medida a justificar la procedencia de los mencionados efectos jurídicos secundarios (eventuales reclamos

sobre alimentos, asistencia, derechos hereditarios, etc.), que a resolver el problema de fondo, principal, concerniente a la determinación de la verdadera identidad de origen del niño.

En efecto, la paternidad atribuida de esta forma se asemeja más a una sanción procesal, que a la efectiva actuación de la justicia en su irrenunciable misión de brindar tutela al personalísimo derecho del menor a conocer su verdadera identidad de origen.

Sin embargo, cierto es que la ley 23.511 bajo ningún concepto veda la posibilidad de avanzar por sobre la paternidad así presumida, en pos de la efectiva determinación de la identidad y origen filiatorios del individuo (conf. Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", "El Derecho", 206-856).

La norma expresa en su primer párrafo que "cuando fuere 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 contundencia de la manda legislativa se corresponde con la norma del art. 253 del Código Civil que establece que "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". Luego, surge del texto legal que el juez, luego de constatar la verosimilitud o razonabilidad del planteo efectuado, directamente debe ordenar la realización de la prueba biológica, que supone lógica y necesariamente que habrá de llevarse a cabo sobre el cuerpo del demandado. Decimos que tal diligencia resulta obligatoria y no meramente facultativa para el magistrado, por cuanto el mismo tiene el deber, y no sólo la facultad, de establecer con toda contundencia y el mayor grado posible de certeza, la identidad filiatoria reclamada.

Pues bien, no parece razonable que el empeño normativo puesto en la determinación de la identidad de origen desconocida se vea truncado por la mera negativa injustificada del sujeto pasivo de la medida de prueba ordenada. ¿Cuál sería el sentido de dotar al magistrado de potestades especiales para disponer oficiosamente la realización de una específica y trascendental medida de prueba, si ella finalmente no resultara susceptible de ser llevada a cabo por el simple desacuerdo que manifestare el demandado?

Parece necesario entonces concluir que más allá de la promoción de las consecuencias materiales de la falta de reconocimiento de la paternidad atribuida, en la labor jurisdiccional de determinación de la identidad de origen del individuo sólo cabría limitarse a la atribución de los efectos jurídicos contemplados en el segundo párrafo de la norma en cuestión ante supuestos en que resulte materialmente inejecutable la realización de la mentada pericia, en caso de rebeldía sobreviniente del demandado, al ausentarse y tornar de ese modo de cumplimiento imposible la medida probatoria.

En los demás casos, no resulta aceptable que la mera voluntad en contrario y la actuación disfuncional del pretendido progenitor pudieran impedir acceder al conocimiento de la real filiación de una persona, frustrando de tal manera su inalienable derecho a conocer su verdadera identidad de origen, que si bien no es toda su identidad, sí constituye una parte sustancial de la misma.

Así, la solución que podría desprenderse de la ley, si ésta fuera interpretada con un criterio asaz restrictivo, aparece absolutamente insatisfactoria.

No se trata aquí de crear una suerte de ficción, imponiendo algo así como un "padre a palos" (apelando a la figura literaria que suministra Molière al titular su comedia "El médico a palos" - "Medicine malgré lui" del 6-VIII-1966), sino de arrojar certeza a una búsqueda decisiva para reconstruir la historia de la vida de una persona, conocer su identidad de origen y poder desarrollarse en la plenitud de su libertad.

En un orden de prioridades, no nos caben dudas en cuanto a que lo cardinal en el punto es esclarecer la identidad de una persona, y secundariamente atribuirle a otra la paternidad de aquélla y consecuentemente recabarle el cumplimiento de los deberes inherentes a tal estado.

En efecto, la norma del art. 4 de la ley 23.511 se ha limitado a conferir un efecto secundario a la negativa a someterse a la prueba biológica, que -considero- ha tenido en vista primordialmente fijar las consecuencias materiales de tal comportamiento, ya que si se entendiera tal disposición como obstativa del acceso a la determinación de la identidad del individuo, resultaría claramente inconstitucional.

Pero la tarea interpretativa de las leyes no puede -de ningún modo- quedar desacompañada de su implicancia teleológica. "No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con ... principios axiológicos ..., arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia" (C.S.J.N., Fallos 302:1284; 249:37 y sus citas; 234:482; entre otros).

La Corte Suprema de la Nación también tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos 288:325; 290:83; 292:190, 383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484, 1149; 311:394; 312:122, 435; entre muchos otros), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la compatibilidad inconciliable (Fallos 285:322; entre otros).

Luego, la paternidad que se atribuye al demandado sobre las bases presuntivas y conductuales reseñadas ha de complementarse necesariamente -atento la concreta pretensión traída- con la disposición de medidas adicionales, acordes con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos, tendientes a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña, mediante un ejercicio armónico de las potestades que le son inherentes a esta magistratura, y que en el marco de la concreta actividad jurisdiccional confieren las normas que la rigen (arts. 34 incs. 4º y 5º; 36 incs. 2º y 5º, 163 incs. 5º y 6º y 272 del C.P.C.C.; arg. art. 253, 255 y concs. Cód. Civil; arg. art. 4º, ley 23.511; conf. análog. doct. Ac. 60.094, sent. del 19-V-1998; entre otras).

III.- El Estado nacional, y en el mismo sentido los Estados provinciales, ha asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación (arg. arts. 1º, 14 bis, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nac.; 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 18, 41, 44 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º, 16, 29 y concs. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3º, 17, 18, 19, 32 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16, 23, 24, 26 y concs. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 253, 255 y concs. del Código Civil; 1º, 2º, 3º, 5º, 11 y concs., ley 26.061; 1º, 4º y concs. de la ley 23.511; 1º, 12, 15, 36 y concs. de la Constitución provincial; etc.).

Así, se ha afirmado que el debate de la filiación de las personas interesa al orden público, entendido como conjunto de principios en el que el orden social asienta su existencia (Gómez, Julio Luis, "Filiación: Orden público y prueba", "El Derecho", 148-319), por lo que el estado de familia de un individuo resulta indisponible, irrenunciable; y su reclamación, imprescriptible (conf. art. 251 y concs., Cód. Civil; también, C.S.J.N. in re "R., R.E. c. Sucesores de G. J. F. F.", de fecha 26-III-1991, en "El Derecho", 148-320; entre otros).

No otra cosa apunta lúcidamente Carlos Fernández Sessarego cuando afirma que "la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales" (Fernández Sessarego, Carlos "Derecho a la identidad personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 22).

Es que, como señala el mismo autor, con cita de Adriano de Cupis ("I Diritti della personalita", pág. 399) "la identidad personal es 'ser uno mismo', representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, 'constituyendo la misma verdad de la persona'. Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que 'la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada" (op. cit., pág. 105).

En la misma dirección, Tommasini relaciona la identidad personal con la realidad o verdad personal ("L'identità del soggetti", en varios, 'Il diritto della identità personale', págs. 83 y 87, cit. por Fernández Sessarego, op. cit., pág. 110).

Igualmente, con cita de Enzo Rappo ("Diritti della personalità, diritto all'identità personale e sistema dell'informazione..." en "L'informazione e i diritti della persona", pág. 29) enfatiza que el derecho a la identidad personal se plantea "como un requerimiento del sujeto a ser él mismo, como una pretensión al reconocimiento de la 'positiva expresión de la propia personalidad'" (op. cit., págs. 111 y 112).

Por nuestra parte, sin pretender ingresar en un ámbito preñado de dificultades como es el de la conceptualización del orden público, creemos que el derecho a la identidad debe ser reconocido como uno de los pilares de nuestra organización social y como tal, integrante de aquella noción.

Razones de profundo respeto por la personalidad humana son las que enaltecen la función estatal dirigida a la identificación y determinación del origen filiatorio de las personas. Tanto el interés particular de los involucrados como el familiar y el social así lo exigen; derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos, de investigar los lazos filiatorios cuando éstos

son desconocidos, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento (arg. art. 255, Cód. Civil; arts. 11, 33 y ss., ley 26.061).

Por demás, subyace en esta directriz una preclara intención consolidatoria del vínculo familiar primario, como eslabón fundamental de la sociedad, respecto del cual es menester la efectiva realización de políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral, más allá de que en contadas excepciones aquél pueda hallarse fuertemente erosionado e independientemente del carácter matrimonial o extramatrimonial que fuere necesario desentrañar (arg. art. 14 bis, Const. nac.; 36, Const. prov.).

La violación de este deber estatal, que constituye una de las bases de la organización social, puede generar severos perjuicios a los sujetos involucrados, de modo que la tutela estatal de la identidad de origen de los individuos, como bien jurídico protegido, resulta asimismo exigible con el objeto de asegurar las responsabilidades de los progenitores. Si bien en la base de un juicio de filiación se observa un conflicto privado, al mismo tiempo se yergue un conflicto social, pues al lado del derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad, interesa a la sociedad asegurar la responsabilidad procreacional (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193 y ss.).

Es la propia sociedad la que ha encargado al Estado -tanto nacional como provincial- la adopción de expresas y efectivas acciones positivas tendientes a determinar la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, y en especial, de los niños -tal el caso de autos (arts. 14 bis, 75 inc. 23 y concs., Const. nac.; 253, 255 y concs., Cód. Civil; 33 y ss., ley 26.061; 36 y concs., Const. prov.; etc.); obligaciones que el Estado nacional ha asumido -a su vez- en el orden internacional y frente a la comunidad mundial (arts. 8º, Convención sobre los Derechos del Niño; 1º, 2º, 44 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; etc.).

IV.- Por otro lado, respecto de la alta función que este poder estatal ha sido llamado a cumplir como partícipe imparcial, independiente, y garante del afianzamiento de la paz social frente a los conflictos filiatorios generados en su seno, la incesante búsqueda de la verdad jurídica objetiva y real en cada caso se yergue en meta ineludible de actuación, como mecanismo necesario para justificar su fin último, reflejo fiel del más elemental sentido de justicia en la delicada tarea de definir la identidad de cada individuo y su ubicación en el entramado familiar de la comunidad.

El esclarecimiento de la verdad sobre la identidad de origen de un individuo, más aún en caso de un niño, es y debe ser un objetivo que interese por igual al menor, a su madre, a su padre y a la sociedad toda (conf. Mazzinghi, Jorge A., "Renuncia paterna a la prueba hematológica", "El Derecho", 159-183).

La manda social en procura de la señalada búsqueda de la verdadera identidad de R. también abrevia en la regla favor veritatis contenida en el Código de rito, que trasunta la obligación de todos los jueces, aún sin requerimiento de parte, de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 2º, C.P.C.C.); sin embargo, dicho deber genérico del magistrado aparece aquí potenciado y precisado por la materia.

La responsabilidad social de garantizar al niño el derecho a conocer su origen moldea las aspiraciones de la justicia del caso, la que ya no se satisface ni a la cual le basta con llegar a una

verdad jurídica de acuerdo con las pruebas aportadas por los litigantes, sino que va más allá al buscar la verdad objetiva: la existencia o no de nexo filial (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos; "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193 y ss.). Por ello es que, aún con mayor énfasis que en los otros procesos relativos al derecho de familia, en el juicio de filiación el juez no es un mero árbitro que decide de acuerdo a las pruebas que se le presentan. Ha sido investido por parte de la sociedad, con poderes más amplios para alcanzar la verdad. Sus vías de investigación superan las probanzas que puedan presentar las partes. El art. 253 del Código Civil expresamente prevé la posibilidad de que el magistrado disponga, aún de oficio, la realización de las pruebas biológicas entre las partes involucradas. Así, tratándose de investigaciones cuyo objeto es el status de una persona, no opera la concepción de la prueba como materia disponible por las partes (Lledo Yague, Francisco, "Acciones de Filiación", "La Ley", Madrid, 1987).

V.- A la par de los señalados e ineludibles intereses y deberes estatales, se erige el propio interés del o los sujetos que reclaman la actuación jurisdiccional en la determinación de la concreta identidad de origen desconocida.

a. Aquí, es el derecho a la verdadera identidad de R. el que, por un lado, se encuentra en juego; la posibilidad de establecer su origen, conocer quién es su padre, su familia paterna, llegar a percatarse del conjunto de atributos y características que permitan individualizarla completamente, que hagan que sea ella misma y no otra, que se proyecten hacia el mundo exterior, se fenomenalicen y permitan que los demás la reconozcan y ubiquen dentro de la comunidad (conf. pautas distintivas aportadas por Fernández Sessarego, "Derecho a la identidad personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 113 y ss.).

Si bien la identidad del individuo posee diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural -conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Constitucionalización del Derecho Civil y Derecho a la Identidad Personal en la Doctrina de la Corte Suprema", "La Ley", 1993-D-678), cierto es que el origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona (conf. nuestro artículo "La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen?", "Jurisprudencia Argentina", 1998-III-1006).

Así, el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna (C.S.J.N., in re "H.G.S. y otro s/ Apelación de medidas probatorias", de fecha 4-XII-1995, en "El Derecho", 168-453, consid. 13); así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23, Const. nac.; 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2, Const. prov.), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 253, 255 y concs., C.C.; 1º, 2º, 3º, 5º, 11 y concs., ley 26.061; 1º, 4º y concs., ley 23.511; etc.).

Se trata de poder determinar la identidad biológica del individuo, comprensiva de su identidad genética y filiatoria (esta última producto de su emplazamiento en un determinado estado de familia), en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres (conf. Zannoni, Eduardo;

"Identidad personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, pág. 161).

La dignidad de la persona está en juego, porque la específica "vida personal" es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad (conf. C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'M. , J. s/Denuncia'", Fallos 313:1143).

No se trata de preservar una identidad formal o simbólica del individuo. El origen condiciona su personalidad, y conocer sobre el mismo permite afincar en dicha base el crecimiento y la estructuración del psiquismo del individuo. Se trata de poder conocer su propia génesis, su procedencia, su aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que -aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'M. , J. s/ denuncia'", Fallos 313:1143).

No queremos significar con esto, como quedó dicho, que la identidad de origen desplace la importancia que también cabe a la identidad que confiere el devenir de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva.

b. La persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quiénes en realidad son sus progenitores.

Constituye un derecho constitucionalmente tutelado, como prerrogativa implícita contenida en el art. 33 de la Constitución nacional (conf. Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", 3ª edic. ampliada, "La Ley", 2005, pág. 390), el que debe ser abarcado en sus múltiples facetas, entre las cuales naturalmente situamos el amparo de quienes han sido víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, pero también casos como el que nos ocupa y que envuelve a R. y su búsqueda (conf. Slapak, Sara, "La construcción de la identidad en el niño desde el punto de vista psicosocial y su regulación jurídica" en Pierini, Alicia [Coord.], "El derecho a la identidad. Los avances científicos. La regulación jurídica y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño", Eudeba, Bs.As., 1993, pág. 35 y ss.).

Así, el derecho a la verdad guarda especial relevancia en el proceso filiatorio, donde se intenta indagar sobre la verdadera paternidad y/o maternidad de una persona (Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad en serio: Sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", Revista Derecho de Familia, mar./abr. 2006, pág. 71).

Por ello, es de capital importancia erradicar la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad (C.S.J.N., in re "S. d.L. , M. s/Denuncia", del 29-X-1987, consid. 13 del voto del doctor Petracchi). La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero sólo al principio; si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse (Dolto, Françoise, "Los

niños y su derecho a la verdad", Bs.As., 1990, pág. 9). Con la verdad, el niño desarrolla adecuadamente su crecimiento y la estructuración del psiquismo (conf. Bosch, Alejandro F. -h-, "Los métodos compulsivos, la prueba genética y la filiación", "La Ley", 2004-A-99).

Por el contrario, el ocultamiento es uno de los rostros más deleznable de la mentira, y sin duda susceptible de generar una personalidad caracterizada como insegura. No puede perderse de vista la incidencia que tendrá, pues, en la formación del carácter del niño, y en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece.

Al juez le es permitido, en cumplimiento de la función estatal encomendada, llevar adelante las medidas jurisdiccionales necesarias para obtener la verdad real en el emplazamiento filiatorio de los individuos (art. 253 y concs., Cód. Civil), de modo que la paternidad reclamada no termine siendo declarada como resultado de una ficción que deje subyacente la duda; situación que ética y psicológicamente no ha de ser lo mismo para el niño, que cuando consigue una verificación de su identidad biológica con alto grado de verosimilitud (Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", "El Derecho", 206-852; y citas allí efectuadas). Es claro que no resulta lo mismo ser hijo presunto que hijo cierto.

Dicha indeseada situación se potencia en autos, cuando se observa, a través de las escuetas evidencias rendidas, que se presenta una clara disyuntiva: o la niña se queda sin padre, o la sentencia se basa en una verdad predominantemente formal (conf. Bosch, Alejandro F. -H.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", "La Ley", 2003-B-1121).

c. Por demás, elementos como la duda, la presunción, la incerteza, la ficción, ciertamente no es posible afirmar que contribuyan a afianzar el principio de igualdad de filiaciones (arts. 1º, 16, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 11, 36 y concs., Const. prov.; 240, 254 y concs., Cód. Civil; etc.), el que no pasaría en estos casos de ser una mera declaración ritual.

En efecto, la igualdad -aprehendida en su más íntima esencia- quedaría flagrantemente perturbada si se negare a unos el acceso a la verdad -pudiendo posibilitárselo- mientras otros gozan de tal derecho -convertido así por oposición en privilegio- de conocer cabalmente su origen, sin que esa verdadera iniquidad pudiera disimularse con el mezquino otorgamiento de un acceso mera e insustancialmente ficto, que aparece asaz insatisfactorio parangonado con la certidumbre que se le niega.

En su labor jurisdiccional, al magistrado también le es exigido aproximar -en la mayor medida posible, podemos agregar- la igualdad formal de las filiaciones a la igualdad real de las mismas (conf. Grosman, Cecilia, "Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación", "Jurisprudencia Argentina", 1988-II-199).

VI.- Frente a los reseñados derechos sobre los que se asienta la pretensión de emplazamiento filiatorio de todo individuo, es posible observar que los sujetos pasivos de la misma se encuentran apremiados por otras tantas cargas y obligaciones, tanto en beneficio de los pretenses, como de la comunidad (conf. arts. XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 1º, 14, 19, 28, 31, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; etc.).

a. Así, inicialmente cabe afirmar sin hesitación que el acto de engendrar un hijo genera en sus progenitores un sinnúmero de cargas y obligaciones, constituyendo el reconocimiento de la identidad biológica del niño como ligazón jurídica con sus padres acaso el más elemental de tales deberes, en tanto acto fundante y como tal base del vínculo familiar que será presupuesto esencial de la exigibilidad de los restantes.

Los padres son los primeros obligados frente a sus hijos en la preservación y satisfacción de los derechos que a ellos asisten, para su protección y formación integral, mediante la inclusión de los mismos en el ámbito familiar, a partir del cual construirán su propia personalidad (que incluso podrían extenderse al entramado de vínculos interpersonales conformado por otros miembros de la familia).

Los padres deben suministrar a sus hijos asistencia y cuidado, a la vez que brindarles afecto, adecuada alimentación, instrucción, esparcimiento, vestimenta, gastos por enfermedad, administración de sus bienes, tutela de sus derechos, etcétera (arts. 5º, 18 y concs., Convención de los Derechos del Niño; XXX, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 264 y ss., Cód. Civil; etc.). No es posible concebir una paternidad sin la asunción de las responsabilidades que de ella dimanar.

Luego, la determinación concreta del estado filiatorio de un individuo posee la aptitud de investir a los miembros del vínculo que se reconoce, de los títulos jurídicos, cualidades y roles, a partir de los que se tornan exigibles tales cargas y deberes sustentados en las relaciones familiares; cuyos efectos -de ordinario- cubrirán toda la vida de los sujetos involucrados, incluso trasladándose a las relaciones hereditarias entre los mismos miembros de la familia. Si bien tales cargas y obligaciones resultan exigibles una vez reconocido el parentesco, las vicisitudes que se generan en el marco de un proceso dirigido a tal fin no pueden quedar al margen de una conducta coherente con su trascendencia. Las responsabilidades derivadas de la procreación deben ser honradas tanto dentro como fuera del proceso (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193 y ss.).

Cuando por las circunstancias del caso sea dable observar que en el marco de un proceso filiatorio dado, existen elementos verosímiles y objetivos, susceptibles de generar la creencia de que el demandado resulta ser el progenitor del menor, emergerán en plenitud los precitados deberes y responsabilidades procesales de quienes se encuentran involucrados.

b. Existe en los procesos filiatorios un deber de los involucrados de colaborar en la dilucidación de la verdad (conf. Morello, Augusto, "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso", "Jurisprudencia Argentina", 1991-III-52), para su mayor información y mejor conocimiento, a fin de aportar al servicio de justicia, porque -en definitiva- es servirse a sí mismos. Tal deber -en consecuencia- deriva del sólo hecho de vivir en la sujeción de un orden jurídico conforme al alcance teleológico de las normas que regulan el orden social (conf. Mercader, Amilcar, "La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano", "La Ley", 23-130/6).

Este deber de cooperación, que podría identificarse con la forma en que se halla organizada la prueba confesoria en materia civil, excluye la posibilidad de que el demandado meramente se recluya en el silencio, debiendo obrar con lealtad y buena fe para el esclarecimiento de la verdad. Es posible por ello distribuir las cargas probatorias -atento las circunstancias de cada caso- en

forma dinámica, de modo que a todos los litigantes quepa llevar adelante actividad probatoria idónea a los fines de definir el desconocido estado filiatorio del niño. La índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria, ya que lo que está en juego no es sólo el emplazamiento filial entre dos sujetos, existiendo un interés superior que debe protegerse (Solari, Néstor E., "La conducta procesal de las partes en el juicio de filiación", "La Ley" Litoral, 2005 (Dic.)-1194).

Los magistrados, por su parte, se encuentran habilitados para disponer medidas probatorias de oficio (arts. 253, Cód. Civil; 36 inc. 2º, C.P.C.C.), así como obligados a mantener la igualdad de las partes en el proceso y sancionar todo acto contrario a dicho deber de lealtad y probidad (arts. 34 inc. 5º aps. c y d, 37, 45, 362, 375, 415, C.P.C.C.; conf. Jáuregui, Rodolfo, "Carga de la prueba y pericias hematológicas", "La Ley", 1999-D-968).

c. Por otro lado, tampoco asiste a los sujetos partícipes en un proceso filiatorio, la posibilidad de instrumentar a través del mismo un empleo antisocial o abusivo de sus derechos, mediante la búsqueda de una finalidad o propósito diferente respecto del que naturalmente ha sido concebido como razón de su reconocimiento, o respecto del que ha tenido en miras tanto el constituyente como el legislador al reconocerlos expresa o implícitamente (arts. XXIX Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 29 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 1º, 14, 19, 28, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 1071, 1098 y concs., Cód. Civil; etc.); de manera que ello importe, de un lado, una excusa, un desvío, producto de una evidente actitud obstruccionista tanto contra el curso del proceso como contra su finalidad misma, que denote un verdadero fraude a la ley, contrariando los límites objetivos de la buena fe, la moral y las buenas costumbres; así como de otro, pretenda favorecer la consagración de la impunidad y el quiebre del cumplimiento estricto de las obligaciones frente a terceros (conf. Medina, Graciela, "Negativa a realizar pruebas biogénéticas", "Jurisprudencia Argentina", 1995-IV-340/6).

VII.- Hoy es posible afirmar que el juicio de filiación resulta netamente de corte pericial (Verruno, Luis; Hass, Emilio y Raimondi, Eduardo, "La filiación. El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", "La Ley", 1990-A-799). Aún cuando la prueba de la filiación denominada Human Lymphocyte Antigen (H.L.A.) no obliga a los jueces, que son soberanos en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere cuanto menos que se le opongan otros elementos no menos convincentes (C.S.J.N. in re "Recurso de hecho deducido por N. N. D., en representación de su hijo menor E. J. D. en la causa 'D., N. N. c/ C., E. J.'", del 1-IX-1987, consid. 12, Fallos 310:1699).

a. Se ha dicho que "en nuestros días dos pruebas biológicas constituyen el centro de atención científica: las basadas en el diagnóstico inmunogenético (conocido como sistema del H.L.A.) y las de huellas genéticas que, a través del procedimiento de la electroforesis, se hace de segmentos o secuencias del ácido desoxirribonucleico (o tipificación del A.D.N.). La primera consiste en la determinación de los antígenos humanos leucocitarios (H.L.A.) en los linfocitos de la sangre ... La segunda parte del descubrimiento de que en el A.D.N. existen pequeñas secuencias de nucleótidos dispersos en los cromosomas que constituyen cadenas de tamaño extremadamente variable, ... secuencias o bandas que constituyen una suerte de huella genética; cada persona hereda un 50% del material genético del padre y el otro 50% de la madre ... El análisis consiste, pues, en comparar el patrón de bandas presente en el hijo con el patrón de bandas de cada uno de los progenitores ... La posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000" (Zannoni, Eduardo, "Identidad personal y

pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, págs. 163/164).

Así, si bien para llevar adelante la primera de las pruebas mencionadas es preciso obtener una muestra de sangre del potencial padre del menor; para llevar adelante la segunda de ellas basta con una muestra de su epidermis, cabello o mucosa salival. Y el hisopado bucal otorga una certeza equivalente a la que proporciona el estudio que se realiza en sangre (conf. Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, "Prueba de A.D.N.", 2ª edic. actualiz. y ampliada, Astrea, Bs.As., 2001, pág. 231).

El reconocimiento de la eficacia de las pruebas basadas tanto en el sistema H.L.A. como en el A.D.N. para la determinación positiva de la paternidad se ha consolidado en los últimos veinte años; no se trata de una evidencia más, es una prueba segura, aceptada ya por toda la comunidad científica nacional e internacional, es un método principal y autosuficiente que aporta datos con una certeza casi absoluta sobre el vínculo filiatorio de los individuos respecto de quienes se emplea, sin dejar librado dicho resultado a la duda (conf. Bosch, Alejandro -h-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", "La Ley", 2003-B-1116).

En efecto, el índice de exclusión de paternidad es sin dudas del 100%, y el de inclusión es aproximado a la certeza, del 99,98% (Verruno, Luis; Hass, Emilio y Raimondi, Eduardo, "La filiación. El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", "La Ley", 1990-A-799; Leonardo, Danilo A., "El A.D.N. puede colaborar con la administración de justicia", "La Ley", 1990-A-934). Incluso en algunos países, como en el caso de Colombia, tales porcentajes han sido plasmados en la normativa aplicable a la materia (conf. ley 721 del 24-XII-2001, cit. por Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad en serio: Sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", Revista Derecho de Familia, marzo/abril 2006, pág. 73 y citas). Frente a estos porcentajes de probabilidad en la determinación del emplazamiento filiatorio de un individuo, parece hoy irrazonable prescindir de los beneficios que la ciencia (biología, genética) aporta en una materia tan cara a los intereses de la sociedad.

Tal vez el ámbito de actuación del magistrado, ante esta realidad científica, y en consonancia con la señalada doctrina del Tribunal cintero, deba reducirse a constatar o asegurar la legalidad del procedimiento e idoneidad de los partícipes en la referida experticia. "El magistrado podría prescindir del informe técnico si descubre defectos en su realización, alteraciones en las muestras, anomalías en los sueros testigos, deficiencias técnicas de laboratorio, errores en los cálculos, inadecuada interpretación de los datos, etc.; en suma, variadas imperfecciones intrínsecas de la pericia realizada" (Grosman, Cecilia, "Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación" "La Ley", 1988-II-197).

b. Por otro lado, estos avances científicos otorgan un grado de certeza inimaginable hasta hace poco tiempo atrás. Es por esta razón que los métodos tradicionales, las presunciones, las pruebas tendientes a acreditar la relación al tiempo de la concepción se debilitarán frente al adelanto que la ciencia proporciona (Méndez Costa, M.J., "Importancia de los criterios tradicionales en la prueba de la filiación extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-465).

Si las conclusiones de una pericia biológica arrojan un índice de paternidad probada superior al 99,98%, resulta en cierta medida ocioso pretender indagar acerca de otras circunstancias de las que en todo caso, podrían derivar sólo presunciones hominis (conf. Zannoni, Eduardo, "Identidad

personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, pág. 167). La pluralidad de concúbitos ya resulta ineficiente ante la contundencia del resultado de la prueba biológica (H.L.A. y A.D.N.). El aporte técnico científico elimina la arbitrariedad.

Ya no es posible pretender ampararse en una presunción para reconocer una situación difusa -en relación con la norma del art. 4º, ley 23.511- (conf. Bosch, Alejandro F. -H.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", "La Ley", 2003-B-1119). El sistema de indicios o presunciones no se corresponde con los avances científicos, pues tal esquema era válido cuando la ciencia no tenía respuestas, y no ahora en que con los estudios se puede lograr la certeza absoluta (conf. Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", "El Derecho", 206-851).

La presunción que se deriva del indicio constituido por la negativa infundada del demandado a someterse a la prueba biológica (art. 4, ley 23.511), ciertamente perdería su propósito, quedaría descontextualizada (conf. Mendonca, Daniel, "Presunciones", Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, 1998, nº 21-I, págs. 94/95) y debería ceder -habida cuenta su carácter instrumental en pos de posibilitar el proceso decisorio o limar ciertas situaciones de incertidumbre- frente a la efectiva posibilidad de obtener verdaderos elementos de juicio genuinos a favor o en contra de la concreta determinación de la filiación de origen de un individuo, cuestión sustancial, procurándose así evitar que por su intermedio puedan obtenerse soluciones inadmisibles o erradas.

VIII.- Luego, si alguna vez me he planteado la duda acerca de la posibilidad de que la realización de las pruebas biológicas pueda ser compulsivamente ordenada en los procesos filiatorios (conf. mi voto en Ac. 68.053, del 7-VII-1998; entre otros), hoy estimo que en múltiples supuestos -tal el derivado de las constancias de esta causa- ello resulta imperativo.

Nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad (conf. C.S.J.N., voto en disidencia del doctor Fayt, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'M. , J. s/ Denuncia'", Fallos 313:1139).

Esa acuciante incerteza, esa sustancial sombra aposentada sobre la ignorancia del propio origen, llevará inevitablemente una pertinaz angustia a la vida de quien la padece, y ¿quién podría mensurar la incidencia que ella tendrá en su psiquis, sometida a permanente inquisición?

Nos parece insostenible que la solución para evitar ese drama quede librada al capricho de quien aparece -por circunstancias razonables- como la única esperanza de que aquella exista.

Una pertinaz negativa, guarecida tras excusas que si bien en otro trance pueden aparecer como razonables, revisten en esta instancia el ropaje de pruritos meramente formales en el cotejo de valores, no puede merecer amparo jurídico, ya que ello implicaría algo así como permitir que con total impunidad alguien destruya la única llave que permite acceder a otro al conocimiento de la verdad sobre su origen.

IX.- En autos, como fue dicho, el demandado directamente se abstuvo de comparecer al proceso. Tampoco lo hizo cuando se pretendió llevar a cabo la prueba biológica. De dicho proceder es

posible extraer la errática actitud procesal asumida, que denota su verdadera intención obstruccionista, que deja ausente de fundamento su negativa.

Ante ello, la circunstancia de haberse acreditado en autos que el demandado y la madre de R. estuvieron internados en la misma clínica especializada al tiempo de la presuntiva gestación de la niña, aventa -en principio- la posibilidad de que nos hallemos ante una demanda abusiva, frívola, o manifiestamente improcedente, dotando de razonabilidad suficiente a la solución que se propone.

Así, las vicisitudes acaecidas en el presente caso, las propias actitudes del demandado, la trascendencia institucional de los procesos filiatorios, los deberes del Estado en el marco de los mismos, el estado actual de las ciencias, el fin mismo del Derecho, su concreta realización y la infatigable búsqueda de una solución que posea enraizados y enaltezca los valores de verdad y justicia propios de toda sociedad organizada y madura, me llevan a proponer al acuerdo, más allá de la modificación del decisorio objeto de recurso, bajo la modalidad de una condición resolutoria impuesta al valor de cosa juzgada de esta sentencia, librado exclusivamente al entero arbitrio de la menor, la disposición de una medida complementaria tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña, mediante el reconocimiento de la posibilidad -para la menor- de optar, en su momento, por la práctica -aún compulsiva- de la pericia biológica oportunamente requerida, en la persona del demandado, en la forma que se dispone en el Punto XVIII de este voto.

X.- Ciertamente es que no son pocas las voces que se han levantado contra la realización obligatoria de la señalada medida de prueba.

a. Inicialmente es dable reconocer que la disposición compulsiva de la prueba biológica puede importar una colisión entre (i) los derechos constitucionales cuya tutela se persigue a través de su imposición y en procura de la determinación de la identidad de origen desconocida (reseñados supra en el Punto V), y (ii) ciertos derechos constitucionalmente del sujeto pasivo de la medida, tales como su derecho a la salud (arts. 1º, 33, 75 inc. 22 y conchs., Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional), a su integridad psico-física y a no recibir vulneraciones vejatorias o degradantes en su cuerpo (arts. 1º, 33, 75 inc. 22 y conchs. Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional), a su intimidad y reserva (arts. 1º, 19, 75 inc. 22 y conchs., Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional), a su objeción de conciencia (arts. 1º, 33, 75 inc. 22 y conchs., Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional), a no declarar contra sí mismo (arts. 1º, 18, 75 inc. 22 y conchs., Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional), a su libertad (Preámbulo, arts. 1º, 15, 17, 33, 75 inc. 22 y conchs., Const. nac., así como normas de los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional).

Ahora bien, se ha dicho, por un lado, que la oposición de derechos fundamentales es en verdad siempre aparente, pues los derechos, a diferencia de los intereses de las personas, son armónicos. Se requiere distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los primeros, de modo que se determine el contenido esencial del derecho como mecanismo de compatibilidad que respete el núcleo esencial de cada uno de ellos,

solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de otro; expediente que será posible llevar a cabo si se conciben los derechos no como pretensiones abstractas o individualistas, sino como orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social. Determinar el contenido esencial de cada derecho o libertad es mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable (Serna, Pedro y Toller, Fernando, "La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales", "La Ley", 2000, Bs.As., pág. 37 y ss.).

La Corte Suprema de la Nación ha venido sosteniendo reiteradamente la igualdad jerárquica formal de los derechos constitucionales, proponiendo como sistema de valoración la armonización de los derechos fundamentales mediante la determinación de los alcances de cada uno de ellos en cada caso concreto, respecto del bien humano como sostén de la democracia (C.S.J.N., in re "P. , A. ", del 18-IV-1989, "La Ley", 1989-C-405).

Por otro lado, quienes sostienen la posibilidad de un verdadero y real conflicto entre derechos fundamentales afirman que su superación debe hallarse en la ponderación de los derechos en juego, a partir de la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado (conf. Gil Domínguez, Andrés, "Prueba compulsiva de sangre y derechos fundamentales", "La Ley", Buenos Aires, 2004-1190 y cita de Bernal Pulido, Carlos, "El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos Constitucionales, España, 2003, pág. 759).

Cualquiera sea el camino que se adopte, empero, tales potenciales violaciones de prerrogativas constitucionales del demandado en la disposición compulsiva de extracción de su sangre con el objeto de poder definir la identidad de origen del niño, resultan en verdad aparentes.

b. Así, no surge de las constancias de la causa que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre o la toma de hisopado bucal pudiera ocasionar al demandado una perturbación tal que pudiera poner en riesgo su vida, su salud o integridad corporal o psíquica, ni que resulte una práctica vejatoria o degradante en su cuerpo.

En efecto, no es posible observar la afectación de los derechos fundamentales a la vida, la salud o la integridad corporal del demandado, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (C.S.J.N., in re "H.G.S. y otros/ Apelación de medidas probatorias", de fecha 4-XII-1995, en Fallos 318-2528, consid. 10), o de la identidad de origen de los individuos.

A su turno, si se trata de llevar adelante el examen de A.D.N. a través del hisopado salival, la perturbación será lisa y llanamente nula.

Por demás, no nos parece razonablemente sostenible que la obtención de la prueba en cuestión sea traumatizante de por sí (conf. C.S.J.N., voto en disidencia del doctor Fayt, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'M. , J. s/ Denuncia'", Fallos 313:1139).

No puede considerarse vejatorio ni violatorio de la integridad personal extraer saliva con un hisopo, o un pelo con su raíz, o la toma de unas gotas de sangre con agujas para recién nacido (Bosch, Alejandro F. -H.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", "La Ley", 2003-B-1121; en igual sentido, C.S.J.N., in re "H.G.S. y otro s/ Apelación de medidas probatorias", de fecha 4-XII-1995, Fallos 318-2528/9, consid. 11), evidencias cuya obtención requiere un procedimiento simple, indoloro e inocuo (S.C. Santa Fe, in re "A., M. c. L., C. L.", sent. del 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-536 y ss.).

c. En lo que respecta a la potencial afrenta que la extracción compulsiva de sangre o saliva pudiera ocasionar al derecho a la intimidad y reserva del demandado, se ha dicho con razón que si bien el art. 19 de la Constitución nacional consagra la protección de la vida privada, incluyendo el derecho fundamental a la intimidad, ésta encuentra límites establecidos unos en función de la seguridad del Estado, otros en base al bienestar general y también frente al ejercicio de derechos por parte de terceros ... La paternidad trasciende la órbita de reserva o intimidad del individuo cuando se ven afectados los derechos atinentes a la misma, o como en el caso, el vínculo mismo, es decir, la existencia o no de la relación padre-hijo, de alta trascendencia para el derecho (S.C. Santa Fe, in re "A., M. c. L., C. L." del 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-536 y ss.).

En efecto, el propio art. 19 de la Carta Magna establece un marcado límite al ejercicio de la libertad de intimidad: el daño directo y concreto a los derechos fundamentales de terceros (conf. Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad en serio: Sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", Revista Derecho de Familia, marzo/abril 2006, pág. 87 y citas). Así, cuando el demandado se resiste a que se le practique la pericia biológica, ya deja de actuar en el ámbito de los ideales autorreferentes, adopta una conducta intersubjetiva, de modo que el supuesto derecho personalísimo que se invoque queda automáticamente limitado en tanto afecte los intereses de otro, el que reclama su filiación (conf. Mizrahi, Mauricio, "La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511", "Jurisprudencia Argentina", 2004-II-1467; en sentido similar en este aspecto, Bidart Campos, Germán, "La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación", "El Derecho", 157-264).

Las limitaciones constitucionalmente impuestas a dicho derecho son consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación, donde prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad en las que entran en juego los derechos de los hijos (Tribunal Constitucional Español, Sala Civil, sent. del 7-VII-2004, cit. por Famá, María Victoria, "Jurisprudencia Española: Cuestiones-tensiones constitucionales en materia de filiación" en Revista Derecho de Familia, julio/agosto 2005, pág. 257).

Así, si un sujeto es padre o no de otro no es un asunto privado del primero; sino que resolverlo afecta el derecho del pretense hijo a conocer su origen biológico.

Tal consideración no aparece de ningún modo insignificante, toda vez que como he tenido oportunidad de resaltar (conf. mi ponencia "El interés superior del menor: ¿es superior a todo otro interés?" presentada ante el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "El derecho de

Familia y los nuevos paradigmas", Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Comisión Nro. 2: "El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas", Libro de Ponencias, tº II, págs. 1/24), en el conflicto de intereses generado no me caben dudas que el rango que debe otorgarse al del menor, comprometido en el tema, adquiere una neta supremacía sobre el de quien aparece en principio como su padre en razón de circunstancias concurrentes, sin que tercién en el cotejo otros elementos que releguen los fundamentos de tal opción.

Las circunstancias del caso enseñan que el demandado y la madre de la niña, más allá del episodio relatado por ésta, conforme al cual alegara haber despertado una noche con el demandado encima de su cama, estuvieron internados en la misma clínica al tiempo presunto de la concepción de R. , de modo que aún cuando se impugnare fuertemente la posible íntima relación entre ambos, la contemporaneidad de su ubicación temporo-espacial otorga mínima razón suficiente al posible carácter de progenitor del demandado, de lo que se deriva -a la luz de las doctrinas citadas- la razonable limitación en la intimidad de este último, cuando su mantenimiento podría afectar tanto el orden público como evidentes derechos constitucionales de terceros.

Por demás, el demandado no ha planteado rechazo alguno a someterse a la prueba biológica fundado en la objeción de conciencia; aún cuando puede afirmarse, en la generalidad, que resulta inverosímil justificar una renuencia que tiene por efecto impedir, mediante la cooperación requerida, la prueba de la filiación alegada, sobre la base de las objeciones de conciencia, pues en lo que atañe a los estudios de tipificación del A.D.N., las muestras no requieren indispensablemente consistir en sangre, sino que pueden servir a los mismos fines cualquier otro tipo de materia orgánica, como lo es la saliva (conf. Zannoni, Eduardo, "Identidad personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, pág. 171).

Por lo expuesto, debe rechazarse cualquier agravio que repose en la presunta violación del derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la injustificada negativa a la extracción de sangre se dirige en verdad a obstaculizar una investigación en la que razonablemente se encuentran afectados derechos de un tercero, quien persigue la determinación de su estado filiatorio.

d. Tampoco puede resultar de recibo la pretendida vulneración de la garantía de no declarar contra sí mismo. Así lo hube manifestado ya el emitir mi voto en la citada causa Ac. 68.053, del 7-VII-1998, entre otras, en dónde afirmé que el derecho a no incriminarse, enunciado en el art. 18 de la Constitución nacional cuando señala que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" tiene, en mi concepto, vigencia únicamente en el ámbito del derecho penal, no así en el campo civil, por lo que no genera pugna alguna.

Así lo han entendido prestigiosos autores (ver la opinión de Pedro Di Lella en "Paternidad y pruebas biológicas", Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 63, con citas de Bossert-Zannoni, Aída Kemelmajer de Carlucci, Mazzinghi, Cám. Nac. Civil, Salas E y F, y C.S. de Mendoza, Sala I, en nota 97).

Por demás, al menos desde el año 1994, los tribunales -apoyados en elaboraciones doctrinarias anteriores- han comenzado a efectuar, aún en el marco de causas penales, una relevante distinción: se sostuvo que si bien se prohíbe el uso de la fuerza física o moral para, por ejemplo, obtener una

declaración del sujeto, no queda excluido el cuerpo de éste como evidencia de tipo material... Lo que se encuentra vedado es exigir la participación activa del inculcado, ... pero no cuando el procesado es sólo una simple fuente pasiva de elementos de cargo en su contra; vale decir cuando el procesado es objeto de prueba u objeto físico de comprobación, como es el supuesto de un examen genético (Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", "El Derecho", 206-853).

En este sentido, podría afirmarse incluso -en términos generales- que la preocupación del Estado en la persecución del delito y su castigo no posee mayor jerarquía que el interés de la comunidad en determinar la identidad de las personas (conf. Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", "El Derecho", 206-854), de modo tal que resultan asimismo aplicables al presente caso, las conclusiones del máximo Tribunal de la Nación que ha admitido dicho criterio distintivo, precisamente avalando la práctica compulsiva de una pericia biológica aún en el marco de una causa penal, pues la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos -como el de autos- en que la evidencia es de índole material (C.S.J.N., in re "H.G.S. y otro s/ Apelación de medidas probatorias", de fecha 4-XII-1995, Fallos 318:2528, Consid. 9º; asimismo Fallos 255:18 y sus citas).

Es que el demandado no tiene que colaborar con las autoridades judiciales encargadas de la determinación de la filiación de origen del accionante mediante un comportamiento activo, no se constituye en sujeto activo de prueba, sólo le es debido soportar nimias injerencias corporales que pueden contribuir definitivamente con la investigación, se le impone la obligación de tolerar (conf. Roxin, Claus, "La protección de la persona en el proceso penal alemán", en "Revista Penal", nº 6, julio 2000, Ed. CissPraxix Profesional, Barcelona, pág. 120) que no importa una acción del sujeto dirigida a su autoincriminación. Cuando existen motivos fundados para una extracción de sangre, ese grado de verosimilitud o sospecha sí podría servir para vencer cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión (conf. Carrió, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, págs. 388/389).

Pretender que el hisopado bucal o la extracción de unas pocas gotas de sangre -actos a los que hemos hecho reiterada referencia- se asemejen a una declaración, por la circunstancia de que provienen del propio cuerpo los elementos conducentes a la determinación de la verdad, lo cual equivaldría a una confesión vertida mediante el lenguaje del cuerpo, no es una argumentación que tenga solidez jurídica, sino el uso de una bella metáfora literaria (S.C. Santa Fe, in re "A., M. c. L., C. L." del 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-542), e implica sin dudas una demasía jurídica o una irrazonable conclusión enfrentada con el más elemental sentido común.

e. Finalmente, cabe añadir que la imposición de llevar adelante el examen biológico no afecta la libertad del sujeto a quien debe examinarse y se niega injustificadamente a ello.

En efecto, la libertad del individuo, entendida a la vez como autodeterminación, propia disposición de su cuerpo, o garantía que le permite conducirse de acuerdo a su propia volición y deseos halla igualmente límites en la ubicación del sujeto dentro de un orden social, una comunidad, de modo que sus intereses y acciones libres deben ajustarse a las normas que reglamentan su ejercicio cuando las mismas posean entidad como para afectar la moral, el orden público o legítimos intereses de terceros (arts. 1º, 14, 19, 28 y conchs., Const. nac.). Ante la

eventualidad razonable de que ello ocurra, cabe desconocer al sujeto el derecho a negarse injustificadamente a llevar adelante la prueba de compatibilidad inmunogenética.

En efecto, la renuencia infundada a someterse a la prueba biológica, o la fundada en razones meramente volitivas del sujeto, importa -en rigor- el simple incumplimiento de los deberes -materiales y procesales- a su cargo (tal lo precedentemente sostenido en el Punto VI).

XI.- No sólo se ha intentado demostrar que la realización compulsiva de la prueba biológica no genera una genuina pugna entre derechos o principios fundamentales, pues en ningún caso es afectado el contenido esencial del derecho constitucional alegado como vulnerado por dicha medida; sino que ante un eventual enfrentamiento, igualmente el mismo habrá de resolverse atendiendo a dos claras directrices interpretativas en materia de derecho minoril.

a. Así, por un lado, en toda decisión judicial debe primar el interés superior del niño (arts. 1º, 3º, 7º, 8º y conchs., Convención sobre los Derechos del Niño).

"Interés del menor" que por mi parte he interpretado como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002).

Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable -como ocurre en el caso- los que pudieren invocar los mayores, y el proceso de emplazamiento filiatorio de los menores despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

b. Por otro lado, cabe apelar asimismo al principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3º, 5º y conchs. de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La prueba biológica -tal como ocurre aquí- es en ocasiones el único medio que asegure el integral acceso del niño a su derecho a la identidad (conf. Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad en serio: Sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", Revista Derecho de Familia, marzo/abril 2006, pág. 87 y citas). Luego, el sometimiento a la pericia biológica, cuando existen razonables indicios para suponer que aquél sobre cuyo cuerpo la misma

resultaría necesaria, podría materialmente ser el padre del menor cuya identidad se pretende desentrañar, no deviene ofensivo ni irrazonable para un hombre medio (conf. Morello, Augusto, "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso", "Jurisprudencia Argentina", 1991-III-52).

Se ha dicho, atendiendo a la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, que la prohibición de la prueba hemática compulsiva es de excepción (Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", 3ª edic. ampliada, "La Ley", 2005, pág. 279), y por nuestra parte consideramos que cuando resulta sustancial para el aseguramiento del estado filiatorio del menor, su producción deviene imperativa.

Así, frente a la magnitud que adquiere el derecho del niño a conocer su identidad, y a la luz de las modernas técnicas hoy existentes, sin intromisión odiosa alguna en el organismo del sujeto, para obtener una muestra susceptible de aportar datos científicos suficientes como para llevar adelante exitosamente la pericia tendiente a establecer su composición genética, ya no nos cabe la duda de que ante esta clase de situaciones -injustificada renuencia del demandado, adunada por indicios aún no categóricos que permitan suponer la posible materialidad de la paternidad reclamada y más allá de la posible aplicación al caso de los efectos jurídicos impuestos por el art. 4º de la ley 23.511 en relación con los señalados efectos jurídicos secundarios de la pretensión-, para no dejar huérfana de respuesta institucional la cuestión referida al vínculo filiatorio habido, debe permitirse también la posibilidad de ejercicio de la coerción personal adecuada a efectos de obtener el material genético necesario, en aras de la concreta determinación de la verdadera identidad de origen cuestionada.

XII.- Por demás, no es posible afirmar que el ordenamiento jurídico no recepte -análogamente- similares medidas de coerción sobre los individuos en determinadas ocasiones, con fundamento en la protección del orden social, el interés público o los derechos de terceros.

a. En efecto, de un lado, no conculca los derechos fundamentales la detención de todo sujeto sospechoso en la comisión de algún delito, aún debiéndose presumir su inocencia; ni la exigencia de colaboración del mismo para tomarle impresiones digitales, participar en rueda de presos para su reconocimiento, la realización de inspecciones corporales, el allanamiento de su domicilio, la correspondencia y sus papeles privados, y -en general- las pruebas de alcoholemia (conf. C.S.J.N. in re "Cincotta", Fallos 255:18; idem in re "Schuster", Fallos 300:894). Respecto de estas últimas, por un lado, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha emitido un dictamen en el que se sostiene que el análisis de sangre para determinar el índice de alcoholemia en los delitos vinculados al tránsito automotor no constituye una injerencia que menoscabe la integridad física de las personas; mientras que por otro, la jurisprudencia española viene afirmando que tampoco puede considerarse contraria al derecho a no declarar, o al de no declarar contra sí mismo, o al de no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a una declaración contra sí mismo (S.C. Santa Fe, in re "A., M. c. L., C. L." del 19-IX-1991, "La Ley", 1992-D-542 y citas allí contenidas).

b. También se encuentran obligados a la realización del examen prenupcial obligatorio quienes pretendan contraer matrimonio y como exigencia previa a la celebración de dicho acto (ley 12.331, etc.).

c. Para poder ingresar al mercado laboral, la persona debe someterse a los exámenes preocupacionales obligatorios, así como a los exámenes periódicos durante la vinculación laboral, los que incluyen la extracción y análisis de sangre (ley 19.587, arts. 210 y concs., ley 20.744; 7.3 y 31.3.d, ley 24.557).

d. La prueba de sangre también se imponía, con carácter forzoso, a los fines de cumplir con el servicio militar cuando éste estaba establecido como una exigencia al ciudadano, y se imponía pena privativa de la libertad a quien se negaba a cumplir con dicho servicio.

e. Resulta también compulsiva al individuo la imposición de la identificación digital o plantal, tanto al tiempo del nacimiento, como al momento de realizar el trámite tendiente a la obtención o renovación del documento de identidad (ley 24.540, etc.).

f. Otro tanto puede afirmarse respecto de la ley 15.010 de vacunación antipoliomielítica obligatoria, o la ley 12.670 que constriñe a la vacunación antidiftérica de la edad de nueve meses a doce años, o la ley 4202 de vacunación antivariólica obligatoria, etcétera.

g. En los procesos judiciales, en materia civil, también constituyen medidas coercitivas el establecimiento de medidas cautelares o precautorias que se adoptan mediante actos que afectan las libertades del sujeto involucrado en las mismas (allanamiento, secuestro, prohibición de contacto, prohibición de salida del país, prohibición de contratar, etc.), así como la posibilidad del magistrado, de lograr la comparencia de un testigo a través del uso de la fuerza pública si fuere necesario (conf. arts. 195 y ss., 429 y concs., C.P.C.C.).

h. También es posible disponer la internación precautoria y compulsiva de todo presunto demente que resulte peligroso para sí o para terceros (art. 623 y concs., C.P.C.C.).

XIII.- Asimismo, la imposición -en forma compulsiva- de la realización del examen biológico a cargo del presunto padre de un menor de identidad de origen desconocida ha sido recibida por la legislación y práctica forense en otros países.

En la República Federal Alemana se permite la práctica forzosa en virtud del principio de sometimiento que obliga a las partes y a los terceros a soportar los exámenes susceptibles de conducir a la verdad biológica, en caso de repetidas negativas injustificadas (art. 372, ZPO). En el mismo sendero se enrojan las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de los Estados Unidos -como California- (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "La Ley", 1992-B-1193 y ss.; Verruno, Luís; Hass, Emilio y Raimondi, Eduardo, "La filiación. El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", "La Ley", 1990-A-799).

XIV.- Por otro lado, el art. 376 del Código Procesal Civil y Comercial bajo ningún concepto veda la posibilidad de disponer los análisis compulsivamente. De un lado, la prueba biológica se encuentra específicamente contemplada en el ordenamiento jurídico (arts. 253, Cód. Civil; 4, ley 23.511); de otro, como se ha expuesto ya, su realización no conculca la moral, ni la libertad personal del demandado, ni ninguno de sus restantes derechos fundamentales (tal como ha sido analizado en el Punto X).

XV.- En este orden de consideración, no es posible obviar, a los fines de instar una respuesta favorable -en la generalidad de los casos- a la obligación del sujeto demandado de prestarse a la realización de la prueba biológica, cuando exista razón para presumir su paternidad, las consecuencias jurídicas que han de derivar de dicho proceder.

En efecto, reiteradamente ha expresado el más alto Tribunal que las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de cada causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, 255:360; 258:75; 281:146; etc.). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 234:482; 302:1284; etc.; asimismo, Sagüés, Néstor Pedro, "Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad", "El Derecho", 118-909).

Estamos convencidos de que las sentencias permiten orientar la conducta de las partes y los abogados. Así, el establecimiento del carácter obligatorio de los exámenes biológicos por todos aquellos sujetos comprendidos en un proceso en que se debate la determinación de la identidad de origen de un menor -mediante una interpretación teleológica de las normas y principios fundamentales involucrados, tuitiva de los altos valores en juego-, cuando existan indicios razonables para suponer liminarmente que el sujeto sindicado como presunto padre o familiar puede en efecto llegar a serlo, contribuirá por un lado, a evitar cualquier práctica corrupta o connivencia del supuesto padre demandado con el supuesto hijo que en verdad no lo es (conf. Bosch, Alejandro F. -H.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", "La Ley", 2003-B-1121); así como por otro, coadyuvará sin dudas a encauzar las pretensiones de las partes, así como el trámite propio de los procesos filiatorios, con celeridad y economía procesal (arg. art. 34 inc. 5 ap. e, C.P.C.C.), en pos del cumplimiento, en la medida posible, de aquellos deberes sociales y cargas que el Estado nacional, y asimismo el provincial, han asumido frente a la comunidad, y para los cuales han sido investidos de especiales potestades, en procura de obtener el real emplazamiento filiatorio de los individuos, mucho más acuciante precisamente durante la etapa de la niñez.

XVI.- Superadas ya sin sobresaltos las objeciones que sitúan su crítica en la procedencia de la realización compulsiva de la prueba biológica en los procesos filiatorios, cabe atender ahora lo relacionado con la modalidad mediante la cual deba llevarse adelante la misma, que es sin dudas el plano dónde se implantan con mayor solidez las argumentaciones que focalizan el aparente conflicto de derechos fundamentales en la materia, dando preponderancia a la negativa injustificada invocada por el sujeto pasivo de la experticia.

Al respecto, cabe resaltar las siguientes precisiones:

No advertimos que la que se presentó aquí haya sido una demanda susceptible de ser calificada ab initio de infundada, frívola o abusiva. Existen indicios, escasos sí pero suficientes a mi juicio, que permiten suponer -con un grado aceptable de credibilidad- que materialmente el demandado podría ser el padre de la niña.

No ha planteado el accionado una negativa fundada de someterse a la prueba biológica. De hecho, no ha expresado razón alguna de su reticencia.

Tampoco se han acreditado, ni aducido, circunstancias impeditivas de la paternidad endilgada, como podrían ser la imposibilidad de acceso carnal, haberse sometido a una cirugía esterilizante, una disfuncionalidad procreativa, la imposibilidad material de contacto en el tiempo de la gestación de la niña, u otra de entidad similar -circunstancias que por otra parte impedirían otorgar a la negativa del demandado el carácter indiciario de la paternidad reclamada (conf. art. 4º, ley 23.511)-; ni que la realización de la prueba biológica pudiera importar en el caso concreto un peligro grave para la salud del demandado.

Va de suyo, entonces, que independientemente de la incomparecencia del demandado al proceso, su negativa a someterse a la prueba biológica no ha constituido en el caso el ejercicio legítimo de un derecho, y más específicamente de los de defensa o a no autoincriminarse.

Consecuentemente, es necesario -a la vez que, por lo dicho, posible- disponer complementariamente que la medida probatoria ofrecida y frustrada en la instancia de origen pueda ser efectiva y proporcionalmente llevada a la práctica, atendiendo a la finalidad perseguida con su realización y a través de una modalidad que armonice los intereses de todos los intervinientes.

XVII.- Debe al efecto tenerse en cuenta, tal como fuera resaltado en el Punto II de este voto, que el art. 4º de la ley 23.511 no sólo no excluye la continuidad de la exigencia de realización de la prueba biológica, sino que por el contrario, su texto establece una forma imperativa para requerirla ("se practicará"). Luego, la negativa injustificada del demandado no habrá de implicar de ninguna manera la pérdida del derecho a recabarla, sino que tendrá el alcance inmediato de constituir un indicio contrario a la pretensión sustentada por el renuente, que habrá de cobrar entidad sólo en relación con las reseñadas consecuencias materiales derivadas de la paternidad ficta que así pueda serle atribuida.

XVIII.- En consecuencia de todo lo expuesto, y en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura (arts. 34 incs. 4º y 5º; 36 incs. 2º y 5º, 163 incs. 5º y 6º y 272 del C.P.C.C.; arg. arts. 253, 255 y concs., Cód. Civil; arg. art. 4º, ley 23.511), propongo disponer, atento la concreta pretensión traída por la abuela de la menor, una medida complementaria acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos, tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de R. , consistente en la efectiva realización -eventualmente compulsiva- de la prueba biológica centrada en los test de A.D.N. y H.L.A. sobre la persona del demandado R. J. S. (conf. arts. 1º, 14 bis, 16, 19, 28, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nac.; 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 18, 41, 44 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º, 16, 29, 30 y concs. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1º, 2º, 3º, 17, 18, 19, 32, 44 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16, 23, 24, 26 y concs. del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 y concs. del Pacto Internacional por los derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1º, 2º, 3º, 5º, 11, 33 y concs., ley 26.061; 240, 251, 253, 254, 1071, 1098 y concs., Cód. Civil; 1º y 4º, ley 23.511; 1º, 11, 12, 15, 36 y concs., Const. prov.; 34 inc. 5º aps. d y e, 36 inc. 2º, 362, 375, 376, 457 y concs., C.P.C.C.; doctrina y jurisprudencia citadas; etc.).

La decisión recaída en esta causa hará cosa juzgada material, aunque este último carácter quedará sujeto a condición resolutoria (art. 553, Cód. Civil), pues llegado a la edad de dieciocho años (arg. arts. 128, 286, 328, Cód. Civil), podrá la menor (arg. contr. art. 542, Cód. Civil), en ejercicio de su derecho personalísimo, manifestar expresamente su voluntad de continuar las presentes actuaciones, y al efecto simultáneamente requerir la realización efectiva de la prueba biológica sobre material genético que se extraiga del demandado, quien deberá someterse a dicha prueba con el fin de determinarse si la paternidad ficta conferida en este fallo se condice o no con la realidad biológica del vínculo así establecido.

El requerimiento deberá tramitar por ante el tribunal de origen, con intervención -eventualmente- del Asesor de Menores.

La pericia se realizará sobre material genético perteneciente a las personas del demandado y de la menor, por al menos dos laboratorios autorizados, pudiendo cada una de las partes -con anuencia del tribunal- designar uno de ellos, los que deberán contar con técnicos especialistas y realizarán su labor mediante la aportación de información al magistrado de cómo fue realizado el proceso, pasos, normas, estándares y protocolos empleados, forma de lectura de resultados, conclusión categórica, y todo otro dato necesario para que el magistrado y las partes puedan interpretar y evaluar tanto el proceso efectuado como los resultados arrojados. Deberá asimismo preferirse -de ser ello viable- la aplicación de un método de revelación progresiva de la identidad genética de los involucrados, de modo tal que apenas se constate un inequívoco y suficiente rasgo de exclusión de la paternidad atribuida al demandado, se emita el correspondiente dictamen preservando al extremo de lo posible la restante información genética de éste.

Para el supuesto de que el demandado actualice su negativa de someterse al examen señalado, y persista de cualquier modo injustificado en su actual reticencia, deberá hacérselo comparecer mediante el auxilio de la fuerza pública para su realización, con la presencia de funcionarios judiciales y la eventual asistencia letrada del demandado.

El resultado que arroje la prueba, de ser positivo (es decir, de confirmar la paternidad del demandado), no producirá efecto modificatorio alguno respecto del estado actual de la causa, salvo la declaración de que la paternidad ficta ha adquirido el carácter de biológicamente comprobada (art. 554, Cód. Civil). En caso contrario, operará el cumplimiento de la condición, resolviéndose la paternidad atribuida y los efectos generados en consecuencia, debiendo atenderse a las especificidades propias del régimen familiar. Los alimentos que se hubieran percibido no podrán repetirse (arg. art. 251 in fine, 555, 557, contr. 543, Cód. Civil). Las costas, en todos los casos, deberán ser soportadas por quien fue renuente a la realización del examen, al haber provocado la vicisitud sobreviniente (art. 68 1º y 2º párrs., C.P.C.C.).

La opción conferida a la menor, por su carácter personalísimo, de inherencia personal, quedará sin efecto por el fallecimiento de ésta, quien en vida podrá ejercerla en todo tiempo (doct. arts. 251, 254 y concs., C.C.).

Asimismo, atento las particularidades que reviste el caso traído al presente decisorio, habiéndose determinado la filiación ficta de la menor, con las salvedades antes formuladas, y pudiendo ésta, eventualmente, llegada a la mayoría de edad, conformarse con aquella determinación a efectos de adquirir firmeza en sus derechos, y tratándose -como quedara dicho- de una prerrogativa de índole personalísima, cuyo ejercicio le compete con exclusividad, cabe reconocerle la posibilidad

de patentizar en cualquier momento a partir del arribo a aquella situación, su voluntad de no ejercer la opción conferida. A tal efecto, deberá así declararlo expresamente ante el juez competente, que deberá labrar acta circunstanciada de dicha declaración bajo pena de nulidad. Tal manifestación dejará firme la atribución de paternidad ficta que se hace en la presente sentencia, cayendo la condición resolutoria impuesta y confiriendo a aquella el carácter de acto puro y simple.

XIX.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo -de conformidad con los términos y la extensión dados en el presente- la atribución al demandado de la paternidad de la menor R. , debiendo entenderse que ello importará, a su respecto, la imposición de todas las obligaciones inherentes a la patria potestad así adjudicada. Costas al vencido (arts. 289 y 68, C.P.C.C.).

Adicionalmente, de ser así requerido oportunamente por la menor, disponer complementariamente una medida tendiente a la concreta determinación de su verdadera identidad de origen, consistente en la efectiva realización -eventualmente compulsiva- de la prueba biológica centrada en los test de A.D.N. y H.L.A. sobre la persona del demandado, conforme los términos y modalidades fijados en el Punto XVIII precedente.

Así lo voto.

El señor Juez doctor de Lázzari, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Negri y Soria, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la cuestión planteada también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto; con costas (arts. 84 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS