

ADN VS. COSA JUZGADA. PRODUCCIÓN DEL ADN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Héctor Eduardo LEGUISAMÓN

SUMARIO: I. *Efectos del examen genético del ADN en las pretensiones de la filiación.* II. *La revisión de la cosa juzgada irreal.* III. *La producción del examen genético del ADN.* IV. *La citación para la toma de las muestras de sangre.* V. *La toma de las muestras de sangre y el procedimiento posterior.*

I. EFECTOS DEL EXAMEN GENÉTICO DEL ADN EN LAS PRETENSIONES DE FILIACIÓN

Cuando hace tiempo se contaba únicamente con la prueba hematológica, que permitía excluir la paternidad, pero no afirmarla positivamente, ya la doctrina y la jurisprudencia sostenían que la negativa a someterse a la prueba biológica creaba una presunción en contra de quien asume tal actitud procesal.¹

Por la década de los años sesenta, sobrevino la prueba de histocompatibilidad (HLA —Human Lymphocyte Antigen—) que, dirigida originalmente a evitar los rechazos de trasplantes orgánicos en seres humanos, fue aplicada en las investigaciones de filiaciones, siendo más concluyente que la

¹ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad—Ley 23.264*, Astrea, 1985, pp. 105 y 106, con citas de Belluscio, *Manual*, t. II, núm. 473; Borda, Guillermo A., *Tratado—Familia*, t. II, núm. 733; Díaz de Guijarro, “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1947-III-216; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, t. II, núm. 842, p. 476, Grosman, *Acción de impugnación de paternidad del marido*, p. 183, § 56; Calarota, *Determinación de la paternidad por el sistema HLA*, La Ley 1985-A-472; Cámara Nacional Civil, sala D, 6 de septiembre de 1973, *El Derecho* 53-182; *id.*, sala C, 5 de marzo de 1977, La Ley 1977-C-70; *id.* sala F, 12 de febrero de 1975, *El Derecho* 67-639; y en contra de Mercader, Amílcar, *La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano*, La Ley 23-120.

anterior, con lo que se robusteció la opinión imperante.² En un interesante trabajo, Verruno, Haas y Raimondi postularon que, en concordancia con lo dispuesto por la Ley Nacional 23.511 de la República Argentina, la negativa a la extracción de sangre a los efectos de la prueba de compatibilidad inmunogenética (PCI), debe ser considerada como presunción en contra.³ Luego fue superada por la aparición del ADN.⁴

Los estudios para la identificación de la individualidad de las personas pueden ser resueltos investigando la variabilidad o polimorfismo de la molécula del ácido desoxirribonucleico, cuya sigla es ADN o DNA —según la literatura inglesa—. El ADN es el soporte molecular de la totalidad de la información genética o genoma. El genoma, constituido por ADN, se distribuye en el ser humano en forma mayoritaria en el núcleo celular, y se lo denomina genoma nuclear. En el ADN genómico se encuentran regiones que se caracterizan por la repetición en tándem de una misma secuencia de ADN. Estas regiones se denominan VNTR (Variable Number of Tandem Repeats) o “minisatélites”, y son secuencias de nucleótidos de distinta longitud. El número de repeticiones varía de una persona a otra, generándose así un multialelismo muy informativo. Los tándem repetitivos se encuentran localizados más frecuentemente en regiones no codificantes, pero también es posible hallarlos en regiones codificantes de un gen. Ciertos minisatélites están localizados en un solo lugar: “locus”, que es el sitio específico de un gen en un cromosoma. Otros minisatélites se hallan dispersos sobre muchos cromosomas; es decir, ocupan distintos “loci”. La herencia de estas regiones minisatélites es mendeliana, lo cual permite su utilización en estudios de filiación. El primero en aplicar estos estudios en cuanto a la variación de los VNTR fue Alec J. Jeffreys en Inglaterra, quien acuñó la expresión de “D.N.A.-fingerprinting” o “huellas dactilares de ADN”.⁵

El examen genético de ADN, correctamente realizado es, en la actualidad, el medio científico que alcanza el mayor grado de certeza en la in-

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de noviembre de 1987, “D., N. N. c/C., E. J.”, La Ley 1987-E-404; Cámara Nacional Civil, sala F, 7 de marzo de 1989, “G. A., R. N., c/D., A.”, La Ley 1989-E-112/3.

³ Verruno, Luis *et al.*, *La filiación. El HLA. Los jueces, los abogados y la ciencia*, La Ley, 1990-A-799.

⁴ “El F.B.I. informó al Comité de Tecnología de ADN en ciencias forenses por intermedio de J. W. Hicks que el 33% de las inclusiones de vínculo por HLA fueron excluidas por ADN”, Di Lella, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 22.

⁵ Jeffreys, Alec J. *et al.*, *Individual-Specific Fingerprints of Human DNA*, *Nature*, 1985, 314, pp. 67-73.

vestigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en 100% e incluirla en 99.99%.

Sin embargo,

a diferencia del procedimiento de individualización por huellas dactilares, los resultados generados por la aplicación de las técnicas de tipificación de ADN a la identificación de personas, presentan un margen de incertidumbre debido a la posibilidad de que en la población existan personas con perfiles genéticos iguales, si el estudio no ha registrado la suficiente cantidad de marcadores, circunstancia que ha hecho necesario generar un método estadístico capaz de medir el nivel de incertidumbre en las diversas situaciones que puede presentar la práctica forense. La posible repetición de perfiles genéticos en la población no afecta a los dictámenes de exclusión: cuando los perfiles genéticos que se comparan difieren, la exclusión es conclusiva. Por el contrario, la interpretación de las concordancias sí se ve afectada por esa posibilidad de encontrar perfiles iguales, y debe tenerse en cuenta la probabilidad de identificar falsamente a una persona como familiar biológico de otra o de señalar como fuente de la evidencia a un sospechoso cuando en realidad es otro el individuo al que pertenece el material. Es por ello que en toda concordancia debe medirse el grado de incertidumbre o grado de error implícito; es decir, apreciar la magnitud que tiene la posibilidad de que la concordancia se haya producido por azar y nos estemos equivocando al asignar identidad. Para expresar cuál es la posibilidad del error, los resultados son sometidos a un procedimiento estadístico en el que se emplean fórmulas ya establecidas y consensuadas por la comunidad científica internacional.⁶

De allí que se haya señalado que quien rehúsa someterse sin justa causa a una peritación genética, sin duda que lo hace guiado por el temor que le produce el resultado de la prueba y verse expuesto “públicamente” en sus mendacidades y dobleces,⁷ máxime si lo que se debate es el estado de familia de una persona.

Sin embargo, ¿es suficiente la simple negativa injustificada o hace falta algo más? Tengo para mí que no basta la simple negativa a someterse al examen genético para conjeturar el vínculo biológico de quien rehúsa. Las razones que brinde para tal actitud pueden tener su origen en innumerables

⁶ Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *Cuadernos de Medicina Forense*, año 1, núm. 1, pp. 1-12, junio de 2002, publicación cuatrimestral del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (República Argentina), versión PDF disponible en www.csjn.gov.ar/cmfc/cuadernos/1_1_1.html.

⁷ Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Abeledo-Perrot, 1996, p. 501.

motivos (morales, éticos, religiosos —*v. gr.*, testigos de Jehová—, síquicos, etcétera), que si bien pueden aparecer injustificados, no por ello se deben soslayar ni dejar de atender en todos los casos.⁸

En Brasil, se ha superestimado de tal manera la prueba de ADN —aun cuando su infalibilidad está en tela de juicio en el hermano país—, que se obliga al investigado a realizar la peritación genética so pena de que su negativa será tenida como infalible presunción de paternidad,⁹ cuestionándose —con buen criterio— la sacralización de tal presunción sobre la base de que antes de ordenar la peritación genética se debiera demostrar la verosimilitud de la demanda por otros medios, como permitir al investigado producir prueba negativa de la alegada paternidad.¹⁰

En México, el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal —sancionado en 2000—, referido a la filiación matrimonial, para destruir la presunción legal *iuris tantum* que establece el artículo 324 de ser hijos de los cónyuges respecto de los nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, permite la producción de pruebas “que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”; asimismo, para el supuesto de hijos extramatrimoniales, el artículo 382 del mismo texto legal prevé “la utilización de cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos”, en el entendido de que si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre;¹¹ se afirma que

afortunadamente, cada día son más los jueces y magistrados de la República Mexicana, que ordenan oficiosamente la práctica de dicha prueba, con excelentes resultados, pues como bien dice el refrán “para qué tantos brincos

⁸ En contra, Kielmanovich considera que según se ha resuelto (Cámara Nacional Civil, sala H, 4 de octubre de 1996, *El Derecho* 172-274), con inobjetable solvencia en su opinión, de la negativa a someterse a una pericia genética puede exclusivamente deducirse la convicción judicial, extremo que implica acordarle a la conducta, aisladamente o en conjunción con los restantes medios de prueba, un peso incluso concluyente para la decisión del conflicto. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. I, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 229).

⁹ 7a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível núm. 597.145.713, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, RJTJRS 187/290.

¹⁰ Madaleno, Rolf, “A sacralização da presunção na investigação de paternidade”, en Couto, Sérgio (coord.), *Nova Realidade do Direito de Família*, t. 2, Río de Janeiro, COAD, SC Editora Jurídica, 1999, t. 2, pp. 73-86; y <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros44.html>.

¹¹ Godínez, Lázaro Tenorio, “Hacia un nuevo procedimiento en los juicios sobre paternidad ágil, sencillo y eficaz”, *Revista Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Séptima Época, t. 246, pp. 199 y 200.

estando el piso tan parejo”. *En este tipo de juicios sólo hay una verdad: se es o no se es el padre o la madre*, y si su práctica es gratuita, no debe existir mayor temor en someterse [y se sostiene que] en los juicios sobre paternidad, salvo tratándose de aquellos relacionados con la fecundación asistida —donde sí se requerirán otros medios de prueba para demostrar la ausencia de consentimiento—, *resulta ocioso e innecesario ofrecer, admitir, preparar y desahogar otras probanzas ajenas a la pericial en genética molecular*.¹²

En los Estados Unidos de América, más que dirigido a determinar un vínculo biológico, pareciera ser que la prueba de ADN está enderezada a la cesación de las obligaciones alimentarias provenientes de la presunción de paternidad. En la página web del grupo “U.S. Citizens Against Paternity Fraud”¹³ (Ciudadanos de los Estados Unidos contra el fraude de la paternidad) se compara el fraude de la paternidad a una violación y se incluye un “Hall of Paternity Fraud Victims” (Galería de las Víctimas del Fraude de la Paternidad). Los diseñadores de la Uniform Parentage Act (UPA 2000) hicieron más difícil desafiar la paternidad de un niño con un padre presumido. Para un niño con padre no presumido, desconocido o adjudicado, el procedimiento puede comenzar en cualquier momento, mientras que si se trata de un padre presumido debe ser iniciado dentro de los dos años del nacimiento y, además, la Corte está autorizada a denegar el examen genético cuando la conducta anterior de la madre o del padre presumido sea contraria al desconocimiento de la paternidad y cuando no resulte equitativo invalidar el parentesco.¹⁴

En la República Argentina, el artículo 253 del Código Civil —modificado por Ley 23.264— establece que en las acciones de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las cuales podrán ser ordenadas de oficio o a petición de parte. Esto significa que aunque las partes no hubiesen ofrecido exámenes genéticos como medios de prueba o aun mediando desistimiento de los que hubiesen propuesto, los jueces pueden ordenarlos.

Por su lado, la Ley Nacional 23.511, creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos, establece en su artículo 4, párrafo primero:

¹² Godínez, *Hacia un nuevo procedimiento...*, cit., pp. 203 y 204.

¹³ <http://www.paternityfraud.com>.

¹⁴ Anderlik, Mary R. y Rothstein, Mark A., “DNA-Based identity testing and the future of the family: A research agenda”, *American Journal of Law & Medicine*, vol. 28, núm. 2-3, American Society of Law, Medicine & Ethics, Boston University School of Law, 2002, pp. 215-232.

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.

Esta norma considera la negativa a someterse al examen genético como un *indicio* en contra del reticente, no sólo porque así lo menciona expresamente su texto, sino porque requiriendo en su primera parte que la pretensión debe aparecer “verosímil o razonable”, para que tal indicio adquiera trascendencia, debe estar rodeado de otras pruebas o indicios demostrativos de que la pretensión ejercida goza de credibilidad, sensatez o seriedad. Vale decir que la negativa sola no basta, siendo necesaria la acreditación de otras circunstancias previas, *v. gr.* la convivencia, noviazgo, relación amorosa, etcétera, que indiquen el vínculo biológico reclamado y que, concatenadas a la negativa a someterse al examen genético, hagan presumirlo. Incluso, en mi parecer, las probanzas de dichas circunstancias se debieran producir con antelación a ser ordenada la muestra genética. En la práctica, se aprecian muchas demandas, en las cuales simplemente se invoca genéricamente el mantenimiento de una relación afectiva sin dar mayores precisiones a la espera de una negativa al sometimiento a realizar la prueba genética.¹⁵

Pongamos como ejemplo el caso del demandado que rehusó realizar el examen genético de ADN, pero durante la etapa probatoria muestra que durante el lapso de la posible concepción vivió en otro país: ¿podría ser considerado padre únicamente por haber rehusado —incluso expresamente— realizar tal prueba biológica? Entiendo que la respuesta debe ser negativa, pues de la misma manera habría que concluir si directamente nunca vino al país. De allí que la pretensión debe ser verosímil y razonable, lo cual no basta con el simple relato de los hechos de la relación habida, sino que éstos deben ser objeto de acreditación.

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina —en tratamiento legislativo actualmente— prevé en su artículo 578, que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, agregando

¹⁵ Leguisamón, Héctor Eduardo, *El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Paraná, 2003), publicada en <http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/leguisamon.htm>, y *elDial* DC2A2; así como *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 176 y 177.

que ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, debiendo priorizarse a los más próximos, y si ninguna de esas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. Asimismo, para el caso del fallecimiento del presunto padre, establece el artículo 580 del Proyecto que la prueba se puede realizar sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste, y ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, se puede autorizar la exhumación del cadáver; el juez puede optar entre esas posibilidades según las circunstancias del caso.

II. LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA IRREAL

La doctrina y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de promover un proceso mediante una acción (pretensión) revocatoria procesal autónoma, que puede ser denominada “pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada *irrita*”¹⁶ o “pretensión autónoma revisiva de la sentencia firme”,¹⁷ cuyo objeto es la declaración de nulidad o invalidez de la sentencia con sustento, en general, en que el proceso ha sido fraudulento y simulado —cuando ha sido promovido en forma simulada, mediando colusión entre el actor y el demandado, con la finalidad de perjudicar derechos de terceros—; en tales casos se admite que la cosa juzgada nula pueda ser dejada sin efecto.¹⁸

¹⁶ Morello, Augusto M., “Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada irrita”, *El Derecho* 36-288.

¹⁷ Tierra, Raúl H., “Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia”, en Peyrano, Jorge W. (dir.), *La impugnación de la sentencia firme*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. II, p.116.

¹⁸ Falcón, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, pp. 271 y 272; Morello, “Pretensión autónoma de sentencia declarativa...”, *cit.*; Berizonce, Roberto O., “Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad”, *Jus*, 10-75; “Medios de impugnación de la cosa juzgada”, *Rev. Col. Abog.*, La Plata, 26-259; Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3a. ed., Depalma, 1979; Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2a. ed., Platense, 2006; Colerio, Juan P., “La inmutabilidad de la cosa juzgada frente al proceso fraudulento”, *La Ley*, 1991-B-259; Eisner, Isidoro, “Contenido y límites de la cosa juzgada”, *La Ley*, 1981-A-35; Fenochietto, Carlos E., “Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada”, *La Ley*, 1988-E-334; Peyrano, Jorge W., “Acerca del tribunal competente para conocer la acción de nulidad de sentencia firme”, *El Derecho*, 154-948; Godoy, Daniel, “Acción revocatoria por cosa juzgada irrita”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. 6016, 18 de diciembre de 1996, p. 24; Cámara Civil Comercial, Trabajo y Familia Bell Ville, 6 de abril de 1984, “Romaldi de Stanchich, Delia c/Eandi de Peppino, Hilda M. y otro”, *La Ley Cba.* 1984-1132; Cámara Civil y Comercial Córdoba, 1a., 10 de

La revisión de la cosa juzgada fue materia de tratamiento en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (San Martín de los Andes, 1999), habiendo la Comisión de Derecho Procesal Civil enunciado las siguientes conclusiones: 1) la revocabilidad de la cosa juzgada sólo procederá por vicios sustanciales que sean trascendentes y heterónomos al proceso; 2) la inexistencia de una regulación no es obstáculo para la aplicación del instituto. En este caso corresponderá la acción autónoma de nulidad; 3) el tipo de proceso a aplicar es el proceso de conocimiento más amplio previsto por la legislación local; 4) la vía puede articularse a través de un recurso de revisión o una acción autónoma de nulidad. En los ámbitos territoriales en que exista el recurso de revisión no quedará excluida la acción autónoma de nulidad, pero para los supuestos no previstos en el recurso; 5) sin perjuicio de lo anterior, se recomienda la regulación del instituto de modo uniforme a través de la acción autónoma de nulidad; 6) se aplican las reglas de la nulidad de los actos jurídicos sustanciales; 7) las condiciones de excepcionalidad deben ser enumeradas, sin perjuicio de hacerse respecto de ellas una interpretación extensiva; 8) el plazo para peticionarla será de 30 días desde que se conoció el vicio o fue posible el reclamo; 9) el plazo de prescripción debe ser el que corresponda, conforme con la ley de fondo al acto cuya impugnación se pretende; 10) el tribunal competente es el que corresponda conforme con la ley para la impugnación de actos jurídicos en cada competencia territorial, con excepción de que el mismo tribunal sea el que haya dado lugar al vicio; 11) están legitimados todos aquellos que tengan un interés legítimo, pero en los lugares en que exista un recurso de revisión no se permitirá por vía de la acción autónoma de nulidad, suplir la inacción prevista específicamente por el recurso.

Es indiscutible la importante repercusión que ha tenido la prueba biológica del ADN en las pretensiones de filiación, en virtud de la cual puede ser revisada una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sea que hubiera determinado, o desestimado, la paternidad o la maternidad reclamada o impugnada.

Según vimos antes, la cosa juzgada material no es tan inmutable como se sostiene, pues cuando ella es nula, admite su revisión o anulación por vía de una pretensión autónoma.

Del mismo modo, la cosa juzgada en las pretensiones de filiación, al menos como excepción a la regla de inmutabilidad, debe tolerar su revisión, no

julio de 1984, “Domínguez, Olga y otra *c/Tyta Financiera S.A.*”, del voto del doctor Dendarys Crespo, *La Ley Cba.* 1985-130; Cámara Civil y Comercial Azul, 4 de noviembre de 1997, “Gil, Omar A. *c/Capitania, Orlando O.*”, *La Ley*, Buenos Aires, 1998-575.

ya por ser el producto de un proceso fraudulento o simulado u otras causales aceptadas por la doctrina —hipótesis en la cual cabe entenderla incluida dentro de la teoría de la cosa juzgada nula—, sino por haber variado las circunstancias que llevaron a la justicia a determinar o no un determinado estado filiatorio, lo cual se verifica con el advenimiento de las nuevas pruebas científicas.

En este sentido, acertadamente se ha dicho: “La inmutabilidad de los decisorios judiciales, o sea la vocación de eternidad que tiene toda sentencia firme, sólo puede ser quebrada en los casos en que opera a) *un cambio de las circunstancias que le dieron origen al fallo...*”, y, asimismo, que “Esta limitación (temporal) se opera si consideramos que la *res judicata* no puede mantenerse cuando han cambiado con el transcurso del tiempo las circunstancias fundamentales que dieron origen al decisorio sentencial”, también: “...que en este tipo de trámite nunca se juzga de nuevo lo ya fallado porque para modificar la *res judicata*, debe existir siempre un *novum*”.¹⁹

Si una sentencia determinó o desconoció la filiación reclamada o impugnada en su oportunidad, según los medios de prueba con los cuales se contaba a la época, el advenimiento de una prueba científica puede demostrar que el estado filiatorio determinado o no en la sentencia no responde a la realidad biológica y, por tanto, puede y debe ser revisada, incluso, aunque hubiera existido, tal prueba científica no se produjo, pues se trata de una cosa juzgada *irreal*, máxime teniendo en cuenta que comporta una cuestión que, a más de las partes involucradas, tiene interés la sociedad toda.

Aunque con la lógica demora del derecho con relación a los avances científicos y tecnológicos, y cuando la ciencia ya había dado a luz al ADN, el legislador se hizo eco de la prueba científica de HLA y, mediante la Ley 23.264 (sancionada el 25 de septiembre de 1985), modificó el Código Civil argentino, convirtiendo en presunciones legales sustanciales *iuris tantum* las normas de los artículos: 77, que se refiere a los tiempos máximos y mínimos del embarazo, 243 —luego modificado por la Ley 23.515 adecuando la redacción al divorcio vincular que se instauraba— y 244, que establece la presunción de paternidad matrimonial en distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, ya que en la anterior redacción los artículos 240, 241, 242 y 243 establecían distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, mientras que el número 244 disponía que las presunciones contenidas en los artículos anteriores no ad-

¹⁹ Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual*, ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, 1999), libro de ponencias, pp. 139, 146 y 148.

mitían prueba en contrario. De ello se sigue que el propio legislador consideró que situaciones en las cuales no se podía discutir la paternidad porque así era presumida por la ley de acuerdo con los conocimientos científicos del momento en que fue sancionado el Código Civil, con el avance científico se podría otorgar la posibilidad de impugnar la paternidad presumida. Luego, esta modificación fue complementada con la sanción de la Ley 23.511 (10 de septiembre de 1986).

Supongamos, por hipótesis, que una añeja sentencia en su momento rechazó la pretensión de reconocimiento de la paternidad por haber considerado acreditada la *exceptio plurium concubentium* (obviamente, por testigos), no puede existir titubeo alguno en que si la prueba genética de ADN demuestra su irrealdad, esto es, que el padre alegado, en realidad, es —o era— el padre biológico, la sentencia debe ser revisada y establecer la verdadera paternidad biológica. Del mismo modo, si aquella añeja sentencia, por el contrario, hubiera establecido la paternidad basada en testigos como único medio disponible a la época para probar la posesión de estado —por ejemplo—, también debe ser revisada si al hombre al cual se le adjudicó la paternidad en realidad no es —o era— el padre biológico. También cabe la misma conclusión en si se determinó o no la paternidad mediante el entonces reinante HLA, pues el examen genético del ADN es mucho más preciso.

Resulta interesante destacar que no es admisible la interposición por parte del demandado de la excepción de cosa juzgada, ya que justamente la acción principal trata de destruir lo resuelto y finiquitado; es decir, que a través del segundo proceso se persigue saber si determinada sentencia debe permanecer en pie o si debe ser derribada.²⁰

La duda se genera en aquellos casos en los cuales, aun existiendo al tiempo de promoción del proceso —o de su tramitación—, no se produjo la prueba científica de ADN.

Esta situación ha tenido un buen principio de explicación:

Pero qué sucedería cuando las pruebas biológicas —ADN y/o HLA— ofrecidas por una parte, no se hubiesen podido llevar a cabo, pese a la disponibilidad de la contraparte a someterse a las extracciones respectivas, por alguna de las siguientes circunstancias: *a*) imposibilidad de cualquiera de las partes de afrontar los gastos derivados de la práctica pericial por el alto costo de los reactivos utilizados en su producción; o *b*) desistimientos admitidos por la contraparte, consentidos por el Ministerio Público y no observados por el Tribunal, y

²⁰ Peyrano, Jorge W., “Acción de nulidad de sentencia «firme»”; y Carbone, Carlos A., “Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia”, ambos en *La impugnación de la sentencia firme*, cit., t. I, pp. 20 y 21, y pp. 100 101, respectivamente.

en cualquiera de dichos casos se hubiese dictado una sentencia que hubiese concluido con un pronunciamiento adverso a la pretensión de reclamación o impugnación filiatoria y ésta hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada. Considero por lo pronto que en cualquiera de estos supuestos resulta admisible recurrir a la deducción de una pretensión declarativa revisiva de sentencia firme, habida cuenta de que en cualquiera de dichos supuestos se han desconocido garantías constitucionales y de tal manera vulnerado derechos de jerarquía constitucional inalienables... El derecho probatorio en materia filiatoria, en tales circunstancias, queda impregnado del derecho material indisponible que constituye el objeto de la prueba: la indagación de la verdad biológica y en su caso el efectivo respeto del derecho a la identidad.²¹

Además de los supuestos enunciados —los cuales comparto—, cabe considerar también los casos en los cuales la prueba genética del ADN no se produjo por no haberse, alguna de las partes, sometido al examen genético, por rehusarse expresamente o sólo por no comparecer a realizarlo. Claro está que se puede decir, en contra, que si el renuente estuvo en la posibilidad de efectuar la prueba del ADN y no lo hizo, por qué habría de brindársele una segunda oportunidad.

La respuesta a este argumento la encontramos en que la negativa a rendirse al examen genético pudo estar motivada, como dije antes, por innumerables motivos: razones éticas o morales, problemas síquicos, creencias religiosas (*v. gr.*, los testigos de Jehová), desconfianza en el método o en quién lo realizará, o cualquier otro, y hasta en la imposibilidad de cumplir con la prueba en el lugar del proceso donde se tramitaba la situación en la que es colocado el reclamado al ser demandado ante un juez distinto al de su domicilio, ya que para las pretensiones de reconocimiento de filiación se considera juez competente el del domicilio del menor.

Así, una madre, mudando su domicilio y el del menor a una ciudad distante, después de considerable tiempo, puede demandar ante el juez de su domicilio al supuesto padre y, eventualmente, lograr que éste no realice la prueba científica por la imposibilidad de trasladarse.²² También podemos mencionar los casos de artistas, deportistas, hombres famosos, etcétera, que hubieran tenido alguna —o algunas— relación sexual con una mujer —o

²¹ Tierra, *Medios de revisión de la cosa juzgada...*, *cit.*, t. II, pp. 125 y 126.

²² Cámara Civil y Comercial Santiago del Estero, Primera Nominación, 6 de julio de 2005, expte. 262.095, “C., C. M. c/C., J. M. s/Filiación extramatrimonial”, inédito.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina, prevé en el artículo 581 que cuando la acción de filiación sea ejercida por una persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

más de una — conocida ocasionalmente — o no — en sus constantes viajes por el mundo debido a su actividad, incluso buscada por la mujer con la finalidad de engendrar un hijo para lograr luego todos los beneficios económicos que la paternidad alegada le deparará a ella y a su hijo, caeremos en la cuenta de que no se les puede exigir en estricta justicia que, para que no se los considere padres, se deban someter a exámenes genéticos alrededor del mundo en cada lugar donde le ha sido reclamada la paternidad de un menor por la madre a quien, incluso, pueden no conocer.

No interesa, pues, considerar si la causa aducida para negarse a realizar el examen genético era justificada o atendible, y aunque no se hubiera alegado ninguna causa, lo relevante, lo trascendente, lo que realmente importa, es que se estableció una filiación “irreal”.

¿Qué sucedería si después de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que estableció la filiación a partir de una negativa a someterse al examen genético apareciera el verdadero padre —o madre— biológico por haberse realizado una prueba de ADN voluntaria o, aun, accidentalmente? Es lógico que no se podrá argüir que la cosa juzgada en que pasó la sentencia debe ser mantenida, porque una persona solamente puede tener un padre —o madre—, y el derecho a tenerlo y conocerlo es un derecho humano inherente a la personalidad de cada sujeto, en tanto se trata de su propia identidad (artículos. 11, 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, y artículos. 5, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fueran incorporadas al artículo. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina por la reforma de 1994, otorgándoles jerarquía superior a las leyes).²³

Precisamente ese interrogante y la línea argumental, según comenta Cesario, fue seguida por el doctor Munagurria al emitir su voto como juez de la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Goya (provincia de Corrientes, Argentina) en los autos “Benítez, María Elsa por su hija menor c/Torres, Lázaro Ramón s/Filiación, daños y perjuicios”, al confirmar por unanimidad la sentencia dictada en la primera instancia que rechazó la excepción de cosa juzgada, recordando también que esa misma Cámara tuvo oportunidad de señalar en otra causa que en este tipo de procesos la cosa juzgada tiene un alcance relativo.²⁴

²³ Leguisamón, Héctor Eduardo, *Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación*, ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), *cit.*, pp. 307 y 311, página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y *elDial* DCE2E.

²⁴ Cesario, Roberto, “Cosa juzgada y derecho a la identidad... ¿se asustan de verse juntas?”, en Esperanza, Silvia L. (coord.), *Reflexiones procesales*, Mave Editora, 2009, p.88.

Con otro giro, en tal supuesto habría un padre “biológico” determinado por la justicia y, a su vez, un padre biológico dado por la naturaleza. Esta situación no puede ser mantenida, no puede haber dos padres biológicos, correspondiendo que la sentencia que determinó judicialmente la paternidad sea revisada.

No se me escapa que si bien reconociendo la admisibilidad de la acción revisoría de la cosa juzgada en casos de reclamación de filiación, en contra de la posición que sustentó, se ha dicho que quien se negó a someterse a la prueba biológica disponible, como regla, la revisión de la cosa juzgada no podría encontrar sustento porque lo contrario podría alentar la incomparecencia generalizada a la práctica de la prueba biológica y la especulación subsecuente.²⁵

Sin embargo, adelantándome a este argumento, le di respuesta en mi ponencia al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), diciendo que quien no realizó la prueba genética en su momento por el temor a su resultado positivo, en verdad, no se le estaría brindando una segunda oportunidad, pues sabedor de su paternidad biológica, no intentará la revisión de la sentencia que así lo determinó.²⁶

Agrego aquí que no sólo tal argumento en contra se esgrime únicamente “como regla”, lo cual implica que admitiría excepciones, sino que incluso la admisibilidad de la acción revisoría no producirá una incomparecencia generalizada a la realización de la prueba biológica, como se afirma, pues quien se sabe que es padre no requerirá de una pretensión de reclamación de filiación para efectuar el reconocimiento; si de todas formas la acción debió tener lugar por su falta de reconocimiento voluntario y no realizó la prueba genética en su momento por el temor a su resultado positivo, en verdad, sabedor de su paternidad, no intentará la revisión de la sentencia que así lo declaró, ya que ello implicaría someterse a la prueba biológica del ADN, de donde se sigue que no hará ninguna especulación sobre si la parte reclamante producirá prueba o no que tornen verosímil o razonable la pretensión y haga ponderable el indicio de la negativa a realizársela según el artículo 4, párrafo primero, de la citada Ley 23.511, puesto que sabe que la parte reclamante producirá tal prueba, y con seguridad no iniciará ninguna acción revisoría de la cosa juzgada.

Pero cuando la parte reclamante no produce prueba que haga aparecer verosímil o razonable la pretensión filiatoria y el padre alegado no realiza

²⁵ Berizonce, Roberto O., “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2008-1, *Sentencia II*, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 179 y ss.

²⁶ Leguisamón, Eduardo, *op. cit.*, p. 311.

la prueba genética —aun en el supuesto de negativa expresa—, y de todas maneras es declarado progenitor en la sentencia, únicamente intentará la revisión si está seguro o con gran probabilidad de que el resultado de la prueba biológica de ADN será negativo. Evidentemente tiene el derecho a pretender la revisión de esa sentencia, pues se lo declaró progenitor por el simple hecho de no haberse producido la prueba del ADN.

Y aunque la parte pretendiente produjera la prueba que hiciera aparecer verosímil o razonable la pretensión filiatoria y el padre alegado no se prestara al examen genético, de todas maneras cabe admitir la pretensión autónoma revisoria de la sentencia que declaró la paternidad, puesto que lo que realmente interesa es determinar el vínculo biológico real de la persona y no mantener uno irreal.

La revisión de la cosa juzgada en casos de filiación fue objeto de debate en el mencionado XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), en cuyo seno, merced a interesantes trabajos presentados,²⁷ la Subcomisión 2: Prueba científica, de la Comisión de Proceso Civil y Concursal declaró las siguientes conclusiones:

4) La cosa juzgada frente a los avances de la prueba científica —*de lege ferenda*— debería merecer un tratamiento legislativo específico para que, frente a casos excepcionales, tal como ha sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se habilite una revisión restringida que permita —merced a los avances científicos— superar una situación que se hubiera transformado en intolerablemente injusta por *irreal* o por *no haber sido juzgada adecuadamente*; 5) *De lege lata* en nuestra legislación resulta viable la revisión en las hipótesis aludidas por aplicación de los códigos procesales y normas concordantes a nivel provincial que contemplan dicha vía. Del mismo modo en el ámbito del proceso civil resultaría admisible, analógicamente, a los fines de resguardar derechos de similar entidad, como el derecho a la identidad, a la filiación, etcétera, mediante el carril de la acción autónoma de nulidad.²⁸

²⁷ Citados a modo de ejemplo: Salgado, José María, “La prueba científica, su tiempo y la cosa juzgada. Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas”; Midón, Marcelo S., “Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas”; del suscrito, “Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación” —ya citada—; Falcón, Enrique M., “Ponencia general”; y Giannini, Leandro, “La prueba científica” —Relato general—, libro de ponencias, pp. 277-287; 288-297; 298-311; 179-184; 186-210, respectivamente).

²⁸ *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, año II, núm. 2, abril de 2008, pp. 28 y 29, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni —los resaltados me pertenecen—.

Cabe decir que el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional en la República Argentina (artículos 33, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional; artículos 7 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño), habiendo sido desarrollado progresivamente en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁹ y reconocido genéricamente como el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo con su realidad biológica.³⁰ Y, precisamente por la notoriamente operancia del orden y reforzados los poderes del juez, desde que en materia de investigación de la relación paterno o materno-filial debe prevalecer el principio de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real.³¹ Más aún: el balance de ponderación de los intereses en juego ha llevado a admitir la extensión de tales poderes instructorios para considerar pruebas decisivas más allá del ámbito del examen del vínculo biológico que enlaza a las partes contendientes, para remontarse a la escala biológica. En definitiva, como sostenía el maestro Bidart Campos: “qué verdad puede ser más importante que la que indica que la filiación legal debe coincidir —mientras sea viable— con la filiación biológica”.³²

Resalta Berizonce que la Corte Europea de Derechos Humanos, en pronunciamiento recaído en la causa “M. A. J. c/Suiza” decidida el 13 de julio de 2006, reiteró por unanimidad que violaba los artículos 8 y 14 de la Convención Europea. La sentencia suiza rechazaba la realización de pruebas del ADN tendentes a determinar con certeza el vínculo paterno que se cuestionaba, lo que menoscaba el derecho a la identidad; sin que el argumento de la seguridad jurídica proveniente de la sentencia anterior pueda ser invocado para privar de ese derecho, ni el alegado estado de salud o la edad avanzada de quien debía quedar sometido a la prueba en cuestión. El caso presentaba ciertas particularidades de interés. El actor había nacido en 1939, fuera del matrimonio; en 1942 se promovió una acción de declara-

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de noviembre de 1990, caso *Muller*, voto en disidencia del doctor Petracchi; *cf.* Oteiza, Eduardo, “La doctrina de la CS sobre el derecho del niño a conocer su identidad”, *La Ley*, 1991-E-891.

³⁰ Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, vol. II, p. 325.

³¹ Cámara Nacional Civil, sala K, 23 de septiembre de 2003, La Ley 2004-B-969, con nota de Picasso, S., *La preeminencia del derecho a la identidad y la realidad biológica*; Cámara Nacional Civil, sala J, 11 de marzo de 1997, *D. J.* 1998-1-259, con nota de Méndez Costa, M. J.

³² Bidart Campos, G. J., “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?”, *La Ley*, 2000-B-22. Véase Berizonce, “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *cit.*, pp. 184 y 185.

ción de paternidad, que fue rechazada en 1948 y pasó a ser cosa juzgada. En 1958 se reencuentra con su madre, quien le revela la identidad de su padre biológico; a partir de entonces traba estrecha relación con éste, quien sin embargo se negó a someterse a la pericia biológica confirmatoria. Finalmente, se plantea en 1999 demanda de revisión de la sentencia de 1948, solicitando una prueba del ADN a practicarse sobre el cadáver del presunto progenitor, ya fallecido. El rechazo de la prueba por el tribunal suizo motivó entonces el reclamo ante la Corte Europea que, a la postre, privilegiando el derecho a determinar los lazos biológicos, acogió la demanda. Reiteró, en definitiva, el criterio fijado con anterioridad en casos similares.³³

III. LA PRODUCCIÓN DEL EXAMEN GENÉTICO DEL ADN

El tema de la producción del examen genético del ADN tiene dos aspectos o fases: una procesal y, la segunda, que es consecuencia de la primera, netamente médica o bioquímica, que comienza con la toma de las muestras del material genético (ya que existen técnicas especiales según sea la naturaleza y características precisamente del material genético), debiéndose tener sumo cuidado con su recolección, y termina en el laboratorio por especialistas, para luego ser volcadas las conclusiones en el dictamen que será presentado en el proceso.³⁴

Lo que preocupa y constituye el objeto de este trabajo, es la primera fase, la netamente procesal en el ámbito civil, en las pretensiones de filiación por cuanto no existen normas que establezcan cuál es el procedimiento para la realización del examen genético del ADN, puesto que el artículo 253 del Código Civil —modificado en la Ley 23.264— en cuanto establece que en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las cuales podrán ser ordenadas de oficio o a petición de partes, y constituye sólo una referencia genérica a su producción y posibilidad de

³³ Berizonce, “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *cit.*, p. 182, con cita de Krasnow, A. N., “El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límites en el tiempo”, *La Ley*, 2007-A-443; Kiemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, *Revista de Derecho de Familia*, Lexis-Nexis, 2004, núm. 26, pp. 77 y ss.; Medina, Graciela, “Adopción y conocimiento de la verdad biológica. Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, *La Ley*, 2003-E-1253.

³⁴ Se puede ver una excelente y entendible relación para abogados sobre el procedimiento técnico en Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *Cuadernos de Medicina Forense*, *cit.*

ordenarla de oficio por el juez aun sin haber sido propuesta por las partes o, aun, desistida por quien la ofreció, mientras que el artículo 4, párrafo primero, de la Ley 23.511, sólo se refiere a la producción del examen genético, su valoración por el magistrado y la consecuencia de la negativa a someterse a él, sin disponer cómo se debe proceder para realizarlo.

Este problema no existe en el ámbito del derecho penal, de la criminalística, pues no sólo difieren la índole de los delitos que hacen que las investigaciones tengan rutas distintas unas de otras, sino que el material biológico es de cualquier tipo y presente en pequeñas cantidades en la evidencia,³⁵ sino que su finalidad también lo es, ya que lo que se busca es comparar el ADN de ese material genético encontrado en la escena del crimen (*v. gr.*, huellas de sangre, pelos, uñas, saliva, rastros de piel bajo uñas de la víctima, restos cadavéricos, etcétera) o en prendas íntimas (*v. gr.*, semen o materias femeninas) que pueden no estar en la escena del crimen, como sucede en los casos por delitos sexuales, logradas, por ejemplo, por aportación de la víctima o, en caso del sospechoso, mediante orden de allanamiento en el domicilio, club, etcétera con el ADN de la persona sospechada de haber cometido el delito, o directamente verificar si está incluido en una base de datos genética.

Con el ADN de este último se puede llegar a probar la autoría o participación en tanto coincida con el de los elementos hallados en la escena del crimen, para lo cual, con dudosa constitucionalidad en tanto vulnera la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (artículo 18 de la carta magna), y más cuando se trata de un tercero ajeno a la causa, el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación de la República Argentina, introducido por la Ley 26.549, establece que

El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su

³⁵ *Ibidem*, pp. 5-7.

género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización. Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal. Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo. En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.

Y ello es una cuestión lógica, por cuanto se tiene que trabajar científicamente con los materiales genéticos que hay y en las condiciones en que están (muchas veces habiendo sufrido un importante nivel de degradación), debiéndose adoptar un extremo cuidado en su recolección y conservación porque esas muestras biológicas son irrepetibles.³⁶ Algo similar a lo que ocurre con la búsqueda de huellas dactilares en la escena del crimen, que también es realizada por expertos y técnicas especiales, debiéndose adoptar el mayor de los cuidados.

En cambio, en las pretensiones de filiación, por estar dentro de la órbita civil, más concretamente del proceso civil, precisamente por su finalidad, de lo que se trata es de comparar el ADN de quien reclama —hijo— con el padre —o madre— alegado; si están en vida, por la toma de material genético que consiste, en general, en muestras de sangre venosa en cantidad suficiente y abundante (aproximadamente de 5 a 10 ml, que se puede reducir en niños pequeños), y en excelente estado de conservación para lograr un resultado prácticamente seguro,³⁷ y que posibilite, incluso, una contraprueba sobre la base de la importancia superlativa de los intereses en juego: la identidad de una persona y la calidad de progenitor de la otra.

De haber fallecido el padre alegado, entonces por los restos cadavéricos, si es que los deudos permiten la exhumación, ya que si no lo hacen

³⁶ Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, p. 7.

³⁷ Patitó, José Á., *Medicina legal*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, pp. 280 y 281; Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, pp. 5-7.

estarían comprendidos en el artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511,³⁸ o de estar ausente con presunción de fallecimiento, se puede realizar con los familiares más alejados como abuelos, hermanos o tíos, aunque en estos supuestos decrecen considerablemente las probabilidades de certeza en el resultado, siendo aún menor con familiares distantes (primos o medios hermanos).³⁹

Las muestras de sangre del progenitor indubitado —generalmente la madre del niño—, también son necesarias, pues dado que el material genético es recibido mitad del padre y mitad de la madre, la parte que no corresponde al progenitor indubitado —la madre— necesariamente le corresponde al progenitor alegado —el padre—, que es la que se debe comparar con el perfil genético del progenitor alegado. Así que

las fórmulas que emplean, además del hijo y el padre alegado, al progenitor no alegado (generalmente la madre), son las que generan índices con valores elevados donde la probabilidad de adjudicar paternidad errónea se reduce a un mínimo; la ausencia del progenitor no alegado hace que el índice de parentesco presente valores menores.⁴⁰

La prueba genética del ADN se debe producir durante la etapa probatoria; excepcionalmente es factible realizarla de manera anticipada de darse los supuestos establecidos en el artículos 326 del CPCCN, es decir, cuando su producción fuera imposible (*v. gr.*, que se presuma o sospeche que una vez fallecida la persona, su cuerpo será cremado) o muy dificultosa (*v. gr.*, que se encuentre gravemente enferma una de las partes, puesto que aunque es factible realizar el estudio del ADN en los restos del cadáver es conveniente la toma de muestras de sangre mientras la persona está con vida, o vaya a ausentarse del país) en el periodo de prueba.

³⁸ En un interesante caso resuelto hace algunos años en el cual se reclamó la filiación extramatrimonial contra los herederos del padre alegado fallecido, se consideró como negativa de acuerdo con el artículo 4, párrafo primero, de la Ley 23.511, la actitud de los demandados, que, si bien no se opusieron formalmente a cooperar en las pruebas biológicas, al conocer el resultado de otros estudios genéticos, no reiteraron ni reformularon su modo de prestar colaboración en su producción, siendo que la ofrecida no resultaba suficiente ni concluyente en la forma en que había sido brindada (Cámara Nacional Civil, sala J, 1 de febrero de 2000, “M., N. C. c/M., N. A., succ.”, por mayoría compuesta por los doctores Zaccheo y Brilla de Serrat, *Doctrina Judicial* 2000-2-1195; Sup. *La Ley. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, núm. 4, mayo de 2001).

³⁹ Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, p. 9.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

Frecuentemente en la práctica se solicita la producción *ante tempus* del examen genético del ADN, como si esta prueba fuera la única a evacuar en este tipo de procesos, olvidándose que el artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511, en su primera parte, requiere que la pretensión debe aparecer “verosímil o razonable” para que se practique el examen genético, de donde se sigue que para que el indicio de la negativa a realizarlo adquiera trascendencia, debe estar rodeado de otras pruebas o indicios demostrativos de que la pretensión ejercida goza de credibilidad, sensatez o seriedad. Ello significa que la negativa sola no basta, siendo necesaria la acreditación de otras circunstancias previas —*v. gr.*, la convivencia, el noviazgo, la relación amorosa, etcétera— que indiquen el vínculo biológico reclamado y que, concatenadas a la negativa a someterse al examen genético, lo hagan presumir. Incluso, en mi parecer, las probanzas de dichas circunstancias se debieran producir con antelación a ser ordenada la prueba genética. En la práctica se aprecian muchas demandas en las cuales simplemente se invoca genéricamente el mantenimiento de una relación afectiva sin dar mayores precisiones a la espera de una negativa al sometimiento a realizar la prueba genética.⁴¹

En ocasiones se ha requerido intimar al demandado a manifestar si se realizará el examen genético del ADN a los efectos del indicio del artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511. Sin embargo, esta intimación es improcedente (del mismo modo que también lo sería intimar a la parte contraria a manifestar si absolverá posiciones o si procederá a formar cuerpo de escritura para el supuesto de desconocer un instrumento con su firma). El indicio de la parte final del artículo citado, comenzará a tener efecto de no concurrir injustificadamente la parte debidamente citada a realizar la toma de muestras de sangre, y tendrá pleno efecto una vez probada la verosimilitud o razonabilidad de los hechos fundantes de la pretensión.

IV. LA CITACIÓN PARA LA TOMA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE

Más allá de la discusión sobre si el examen genético del ADN es una prueba científica o no,⁴² dado que, como se dijo, no existe norma procesal que lo

⁴¹ Leguisamón, Eduardo, *El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso*, *cit.*; *Las presunciones judiciales y los indicios*, *cit.*, pp. 176 y 177; y *Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación*, *cit.*, pp. 302-306, página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y *elDial* DCE2E; y *Derecho procesal civil*, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II, pp. 85 y 86.

⁴² En el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), fueron conclusiones de la Comisión núm. 1: Proceso Civil y Comercial, Subcomisión núm. 2: Prueba Científica: “1. La prueba denominada científica, no constituye

prevea, el problema radica en cómo se llega a la toma de las muestras de sangre para realizar el examen genético del ADN o, eventualmente, considerar la negativa a realizarlo como indicio en contra de quien rehúsa.

La primera fase en la producción del examen genético del ADN en los procesos por filiación es, como se dijo, netamente jurídica, y consiste en la citación de las partes a realizar la toma de muestras de sangre.

Por una esencial cuestión de seguridad jurídica, además de la economía y celeridad procesales, es conveniente que la toma de las muestras de sangre se efectúe en el mismo lugar, día y hora a todos los involucrados, para evitar que se produzcan confusiones, traspapelamientos o pérdidas de las muestras, y lleguen todas juntas al laboratorio donde finalmente se realizará el examen de polimorfismo del ADN.

Sin embargo, excepcionalmente se puede realizar la toma de las muestras de sangre en momentos y lugares distintos, por ejemplo, si el demandado se domicilia a más de 300 km. del lugar donde tramita el proceso (artículo 420 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina —CPCCN—). Sin embargo, en tales supuestos, para que el resultado del examen genético sea certero, se deben extremar los recaudos, no solo fácticos, para impedir traspapelamientos o extravíos de manera que lleguen las muestras de sangre correctas, sino también los que aconsejen las reglas de la ciencia para evitar que las muestras sufran algún deterioro o degradación (por ejemplo, mantenimiento a determinada temperatura).

Es conveniente, entonces, que una vez que el ente o instituto científico designado para practicar el examen genético fije el lugar, la fecha y la hora para la toma de las muestras de sangre, si es que le fue remitido, el expediente vuelva al juzgado para que se efectúen las pertinentes notificaciones a las partes.

Lógica, aunque no necesariamente, será la parte reclamante quien tiene el mayor interés en que se proceda a la toma de las muestras de sangre, máxime *su onus probandi*, sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar de oficio la prueba (artículo 253 del Código Civil argentino —modificado por la Ley 23.264—), de manera que no hay grandes inconvenientes en la notifi-

un medio de prueba novedoso, sino que por el contrario existe desde antiguo, siendo característica distintiva de su especie entre otros aspectos: su método, su elaboración y la especialidad del experto que la lleve a cabo. 2. Es importante tener en cuenta cómo se incorporan al proceso los avances que se producen a nivel científico y advertir la crisis de gestión dentro del sistema actual a los fines de la designación de los expertos, de modo de crear los mecanismos adecuados para regularizar estas situaciones y supervisarlas en el futuro de un modo apropiado por vía del control que debería depender de oficinas específicas a esos fines”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, cit., pp. 28 y 29.

cación de su citación, pues se notificará personalmente o, incluso, notificado por su asesor jurídico, comparecerá espontáneamente en compañía de su hijo. El problema existe respecto del demandado.

Resulta útil señalar que la toma de muestras de sangre para efectuar el examen genético de ADN es obviamente un acto personalísimo, de la misma manera que lo es la absolución de posiciones de personas físicas en la prueba de confesión, o la formación del cuerpo de escritura para la producción de la prueba pericial caligráfica.

En tales condiciones y de la misma manera que ocurre con los mencionados medios probatorios, principalmente de la audiencia confesional, cuyas reglas cabe aplicar por analogía, la citación dependerá de cómo actúa la parte en el proceso —el demandado particularmente—.

Si la parte lo hace por derecho propio, toda vez que es ella misma la que constituye domicilio a todos los efectos del proceso, es decir, que en ese domicilio procesal deben serle notificadas todas las resoluciones. En cambio, si litiga por medio de mandatario —representante convencional—, como se desentiende entonces de su tramitación, y siendo que es el apoderado quien constituye domicilio procesal a los efectos del pleito, y se entiende con el contrario y con el tribunal, resulta acertado que el medio de notificación se deba diligenciar en el domicilio real del citado a fin de garantizar que sea efectivamente notificado del lugar, fecha y hora para realizar la toma de la muestra de sangre.

En este sentido, dable es recordar que la Ley Nacional 22.434, recogiendo la opinión jurisprudencial y doctrinal, aclaró que la parte que actúa por su propio derecho debe ser notificada en el domicilio constituido (artículo 409, párrafo tercero, del CPCCN), de lo cual se sigue, *a contrario sensu*, que la parte que actúa por apoderado debe ser notificada en su domicilio real (denunciado).⁴³

Así, la citación al demandado debe ser notificada por cédula (artículo 409, párrafo primero, del CPCCN, por analogía), aunque también lo puede ser por acta notarial y, asimismo, por telegrama o carta documento en tanto el artículo 136, párrafo segundo, del CPCCN —modificado por la Ley Na-

⁴³ Cámara Nacional Civil, sala F, 30/5/1980, “Rubinetti, María J. c/Espouey, Daniel, suc.”, *J. A.* 1981-I-135: “La notificación de la audiencia señalada para la absolución de posiciones debe notificarse en el domicilio procesal constituido, si la parte citada actúa personalmente y en el domicilio real de la absolvente, cuando actúe por medio de apoderado, aun cuando hubiese actuado por derecho propio con anterioridad”. En el ámbito bonaerense, aunque el artículo 407 del CPCC de Buenos Aires, no contiene esta aclaración, se sigue la misma regla.

cional 25.488—, no excluye la citación para absolver posiciones, como sí lo hacía el anterior artículo 143 del CPCCN.⁴⁴

Se sigue, pues, que la citación efectuada al letrado apoderado de quien debe realizar el examen genético para la extracción de la muestra de sangre (o el retiro de la orden para hacerlo efectuada por el letrado patrocinante o apoderado) carece de efecto alguno, pues sería lo mismo que citar al abogado apoderado para la absolución de posiciones de su representado, o considerar notificado a su propio cliente con la cédula librada por el abogado —patrocinante o apoderado— para que absuelva posiciones la parte adversaria.

V. LA TOMA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE Y EL PROCEDIMIENTO POSTERIOR

Si bien el artículo 2 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional de la República Argentina aprobado por la acordada 47/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece la excepcionalidad de su intervención en casos que no sean del fuero criminal, cabe entender que por la especialidad científica del examen genético del ADN será conveniente que continúe siendo designado ese Cuerpo Médico en los procesos civiles en los cuales se reclame la filiación mediante el procedimiento que en él se establece.⁴⁵

⁴⁴ Leguisamón, Héctor Eduardo, “Reflexiones sobre las reformas de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 2002-B-1074, sec. Doctrina; “Comentario a las reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y otras normas complementarias”, p. 81, *La Ley*, 2005, y *Derecho procesal civil*, cit., pp. 708 y 709.

⁴⁵ Artículo 2 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional— aprobado por la acordada 47/2009 de la Corte Suprema—: “El Cuerpo Médico Forense dará cumplimiento a los requerimientos periciales dispuestos por magistrados/os judiciales y del Ministerio Público del fuero criminal.

Las/os juezas/es de los restantes fueros procederán de conformidad a lo previsto por los artículos 457 a 478 del CPCCN. Excepcionalmente, podrán requerir la intervención pericial del Cuerpo Médico Forense cuando medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas o cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesario su asesoramiento (artículo 63, inciso “c”, del Decreto Ley 1285/58 —Organización de la Justicia Nacional—).

En los casos previstos en el párrafo anterior, la/el magistrada/o elevará el pedido a la Cámara de Apelaciones del fuero respectivo mediante resolución fundada. El Tribunal de Alzada resolverá acerca de la procedencia de la excepcionalidad invocada; si hiciera lugar al requerimiento remitirá al Cuerpo Médico Forense sin más trámite. Asimismo, las cámaras de apelaciones deberán informar mensualmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los pedidos de intervención excepcional del Cuerpo Médico Forense y la decisión que se tomó al respecto”.

En el Cuerpo Médico Forense, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la toma de las muestras de sangre y procedimiento posterior se sigue un protocolo que, aunque no escrito, se modifica de acuerdo con la experiencia y avances científicos.

En primer lugar, en dependencias del Cuerpo Médico Forense se procede a la identificación de las personas con sus documentos de identidad, se obtienen sus huellas dactilares (impresión plantal cuando se trata de niños muy pequeños) y se las registra fotográficamente. Luego, en la sede de la morgue judicial —laboratorio de análisis clínicos— se realiza la extracción de las muestras de sangre a cada persona.

La muestra de sangre obtenida de cada persona se embebe en dos fichas (con un doblez en medio —tipo libro—) de papel de filtro adecuado (soporte FTA), se deja secar, y luego se cubre con la otra parte de la misma ficha. Cada una de las muestras se introduce en sendos sobres, que son rotulados con un código para evitar que se conozca a quién pertenece la muestra de sangre y así asegurar la absoluta imparcialidad al momento de efectuar el examen genético, que son firmados en las solapas por las partes, los abogados y consultores técnicos —si los hubiera— y por quien realizó la extracción, sellándose con una cinta adhesiva ancha sobre la firmas y todos los lados de los sobres. Este mismo procedimiento se realiza con cada una de las personas. Un sobre de cada persona se introduce a su vez en otro sobre de mayor tamaño, el cual es también firmado y sellado de la misma manera. Quedan así dos juegos de muestras de sangre de cada persona, uno para la realización del examen genético del ADN y el otro para efectuar eventualmente una contraprueba. De requerirlo los consultores técnicos de las partes, también se extrae un juego de muestras de sangre para cada uno de ellos a los efectos de realizar sus propios análisis.⁴⁶

Uno de los sobres es enviado —actualmente con custodia policial— al laboratorio de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la Universidad de Buenos Aires —único proveedor del servicio de exámenes genéticos hoy día— en donde se concreta el procedimiento de extracción, cuantificación, amplificación y tipificación de ADN, obteniéndose el resultado en aproxi-

⁴⁶ Artículo 29 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional —aprobado por la acordada 47/2009—: “La intervención de peritos de parte y consultoras/es técnicas/os será admitida cuando su designación conste en las actuaciones remitidas al Cuerpo Médico Forense o se acredite su calidad procesal mediante escrito emitido por la sede judicial correspondiente.

Toda incomparecencia de peritos de parte o consultoras/es técnicas/os se informará a la autoridad judicial requirente, a los fines que estime corresponder, con el objeto de evitar dilaciones por causas ajenas a la actuación del Cuerpo Médico Forense”.

madamente 72 horas; el sobre restante queda en custodia en la morgue judicial.

De cada uno de los mencionados pasos se labra un acta firmada también por quienes intervinieron en cada uno de ellos.

Una vez presentado el dictamen pericial en el expediente, se sigue el procedimiento que regula el artículo 473 del CPCCN —traslado a las partes a notificar por cédula, posibilidad de éstas de pedir explicaciones o impugnar el dictamen pericial, etcétera—.