

**XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, sobre el tema general: “El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI”.**

Comisión: N°1.- *Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República*

Tema: *La identidad, un derecho de certezas.*

Dirección postal. 3187. Feliciano. Entre Ríos. ( Carlos Andrés Pellichero).

Teléfono. 3435 492222.

Dirección de correo electrónico: carlosandrsp@hotmail.com; andreasaxer@hotmail.com.

Breve síntesis de su propuesta. Resaltamos, con la obligatoriedad de la prueba genética, por sobre otros fundamentos la tutela judicial efectiva y la búsqueda de la optimización del discurso jurídico; pues el mayor grado de efectividad está a nuestro alcance, basta con “operar”. Brindar aquella *solución terapéutica*, como respuesta funcional del derecho procesal hacia la realización efectiva de los derechos humanos; en el particular el derecho a la identidad.

## **La identidad, un derecho de certezas.**

Por Andrea B. Saxer y Carlos A. Pelichero.

**“Todo producto creativo genera resistencias, si ello no ocurriera no se está ante algo auténticamente creativo”**

**Howard Gardner**

**Sumario: Proceso de filiación. Amplitud probatoria o probatio porbattisima. Compulsión de la prueba genética o indicio grave (quid de la cuestión). Solución adoptada por la Lay de procesos de familia de ER. Epítome.**

### **Proceso de filiación.**

Vamos a analizar al proceso de filiación desde la perspectiva jurídica tanto de la perspectiva del Código Civil y Comercial como desde el Código Procesal de Entre Ríos. Básicamente el mencionado proceso se rige por las normas del proceso ordinario, y las procesales que trae el código, de aplicación a los procesos de familia (art. 716 y ss. del CCyC) .

Entonces entablado el proceso de filiación el actor se puede encontrar con una serie de posibilidades del demandado, como por ejemplo. A) el presunto padre mantiene una pasividad total: no contesta la demanda, no se hace presente en la audiencia fijada por el Juez, no concurre absolver posiciones/declaración de parte, ni menos concurre a la citación para que se realice la extracción de sangre a los fines de realizar la prueba genética (en el servicio de genética forense). B) En muchos casos necesitábamos hacer la prueba genética, porque no podemos aplicar, el art. 584 de “**presunción de paternidad derivada de la posesión de estado**” por el cual se valora como una admisión expresa de la paternidad que sólo puede ser desvirtuada por la inexistencia del nexo biológico, ya sea mediante pruebas biológicas directas o mediante otras indirectas que lleven a igual resultado -esterilidad del varón, ausencia durante la época de la concepción del hijo-. Como se trata de un conjunto de hechos, muchas de las pruebas pueden concretarse sin intervención del demandado (testimoniales,

documentales, informativas, etc.), de modo que su silencio o renuencia a colaborar no frustran su producción. La posesión de estado facilita para el hijo la prueba de la filiación pero no excluye la necesidad del proceso judicial. El emplazamiento como hijo se obtiene con la sentencia y la posesión de estado es el hecho que sirve como prueba para alcanzar el emplazamiento. En definitiva, la acreditación de esta circunstancia de hecho funciona como una presunción de paternidad. Al igual que el 585 por el que **“la unión convivencial de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”**. Basta con que la convivencia haya existido durante la época de la concepción. Para acreditar esta, tratándose de hechos, puede recurrir a cualquier medio de prueba. También en este caso, el silencio o renuencia del demandado no impedirán la producción de las testimoniales, informativas, documentales, y otros medios pertinentes para acreditar circunstancias fácticas, pero al igual que el anterior no excluyen la necesidad del proceso judicial. C) Que acepta someterse voluntariamente a la prueba pero después cuando es anoticiado del turno de extracción dilata el proceso con excusas esquivas (como por ejemplo estar enfermo, no poder por el trabajo o no concurrir directamente).

Por lo que tenemos, una valoración de la negativa injustificada a someterse a pruebas biológicas como indicio grave en contra del renuente, hay un hecho con fuerza suficiente para conformar -junto con otros concordantes- las bases para la convicción del magistrado que le permita acoger la demanda de filiación, tanto en una acción de reclamación como de impugnación

Por lo que **el juez resuelve** construyendo las bases de su convicción sobre retazos de una historia de relaciones sentimentales y sexuales acreditadas con testigos (cuyo valor es determinante para abonar el indicio que surge de la negativa del demandado a someterse a la prueba genética), la documental (en donde habrán de atenderse las nuevas prescripciones para instrumentos públicos y privados contenidos en el CCyC, en especial, en su art. 318 para la correspondencia y 319 acerca del valor probatorio de los instrumentos particulares), más la admisión de los hechos derivada de la no contestación de la demanda, la confesión ficta, y dos indicios: el generado por la

renuencia a prestarse a la pericial genética y la tolerancia ante la cuota alimentaria provisoria ejecutada forzosamente. No existen límites acerca de los medios de prueba con los que se puede intentar avalar o descartar una filiación.

La sentencia que acoge nuestras pretensiones, impone costas y queda firme, pero deja **un sabor amargo**, porque declara una paternidad sin contar con el medio probatorio fundamental que despejaría toda duda acerca de la veracidad de la filiación atribuida: la prueba del vínculo genético. Este niño es un hijo emplazado no por certeza sino por presunciones, empezando ahí a pensar si está bien, en que deberíamos resumir la identidad estática a estas presunciones o protejo tanto el derecho a la identidad que hace necesario empezar a pensar en la **obligatoriedad de la prueba genética** y que ésta deba imponerse ante la resistencia del adulto; puesto que no viola para nada (sacarse una muestra de sangre o un hisopado bucal) la integridad física del renuente.

#### **Amplitud probatoria o probatio porbattisima:**

El objeto de prueba en los procesos filiatorio radica en constatar el presupuesto sustancial de la acción de filiación, es decir la existencia o inexistencia de un nexo genético entre las partes. (Impera en nuestro derecho el principio de verdad biológica en la filiación por naturaleza, por sobre el emplazamiento formal propio de un régimen formalista). La pericial genética (se caracteriza por la colaboración de la parte contraria) destinada a relevar y comparar el ADN, la que permite arribar a un casi absoluto grado de certeza sobre el punto. Es más, la pericia que excluye el vínculo, confiere el 100% de seguridad, mientras que la inclusión, permite arribar a más del 99% de probabilidad de su existencia. En los procesos de filiación el Código Civil y Comercial recepta, tanto en los arts. 710 como 579, la amplitud probatoria entendiéndose por esta a la posibilidad de ofrecer todos los medios de prueba que tengamos a la mano (documental, testimonial, etc. etc) o también sostener -como lo hicimos en el año 2012, en Las Primeras Jornadas Nacionales de la FAEP (Federación de Ateneos de Estudios Procesales) en la exposición de "**Una Tutela Judicial Efectiva, para un prolongado proceso de filiación.**", (ver en canal de YouTube FAEP Primeras Jornadas Nacionales de la FAEP, Paraná 2012, parte 16 y 17)-

que la prueba pericial científica debía tomarse como una tutela judicial efectiva en tiempo y producirse de manera anticipada siempre en el marco de un proceso de filiación con los controles y bilateralizaciones propias de la producción probatoria centrando la discusión en este aspecto, para lograr así un proceso efectivo que tenga por finalidad la necesidad de privilegiar, facilitar y promover la verdad biológica. Es decir como refiere Fama Victoria y Herrera Marisa, tal es el peso de esa prueba pericial, que ha sido calificada como la *probatio probatissima*, afirmándose a la par, que el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial. Por lo que podemos colegir que esa amplitud probatoria que refiere el CCyC tiene sustento cuando hay alguna presunción o imposibilidad de extracción de la prueba genética, porque si no contrariamente sería producir prueba que a la postre devendría en innecesaria e impertinente ya que todo se resumiría al resultado de aquella, es por ello que como vemos en la mayor cantidad de procesos se suspende todo el plexo probatorio ofrecido hasta que se obtenga el resultado de la pericial.

Ahora bien si nos centramos en que la prueba pericial es la prueba que nos da certeza del vínculo, ¿qué hacemos si el demandado es esquivo a la prueba?

### **Compulsión de la prueba genética o indicio grave (quid de la cuestión):**

En las acciones de filiación el Código Civil y Comercial de la Nación sigue, con algunas variantes, el criterio de la ley 23511 (art. 4º) al considerar la negativa a someterse a los exámenes para realizar la prueba genética, como un indicio contrario al renuente (art. 579 CCyCN). Califica de “grave” el indicio y no exige expresamente que la pretensión de la contraria aparezca verosímil o razonable; además contempla la posibilidad de realizarlo con material genético de los parientes hasta el segundo grado, priorizando a los más próximos.

Entendemos que debe primar la identidad del hijo de certeza, sumado hasta tal punto en estos litigios la pericia genética es decisiva, ya que la jurisprudencia ha consolidado el criterio de la relatividad de la cosa juzgada

en supuestos en los que la sentencia hubiera rechazado la acción de filiación por orfandad probatoria (también así lo ha tomado el Proyecto de Ley de procesos de familia de Entre Ríos así en el proyectado art. 102 **Excepción de cosa juzgada**, se manifiesta que no procede en los procesos de reclamación de filiación cuando el rechazo de la demanda se fundó en la orfandad probatoria.), ante la ausencia de la prueba de ADN. Para la Corte de Provincia de Buenos Aires la insistencia en lograr la mayor concordancia posible entre la realidad biológica y el estado de familia de una persona, justifica la posibilidad de relativizar, bajo determinadas y precisas condiciones, la autoridad de la cosa juzgada.

En ese entendimiento, razonó que la autoridad y eficacia de la cosa juzgada se flexibilizan ante el cambio de los métodos científicos, que permiten considerar como causal de revisión los casos donde se detecte un error de un decisorio judicial firme como consecuencia de la evolución de los estudios biológicos de ADN y HLA, en procesos de filiación, y determinar la herencia biológica con certeza casi absoluta. En otro asunto, la misma Corte provincial precisó que siendo el emplazamiento filial, basamentado en el derecho a la identidad que al estado le interesa garantizar y proteger, se lo debía buscar con las herramientas de la verdad. En concordancia con esta línea jurisprudencial, en el seno de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2015, por unanimidad, se coincidió en que debe relativizarse el principio de cosa juzgada en los procesos de filiación no basados en la prueba genética.

Tal como dice Galli Fiant, en casos repetidos una y otra vez en las historias familiares y reflejados en tantos procesos de filiación, se pone de manifiesto que las costumbres y las normas cambian, pero la concepción de un **hijo no buscado** parece seguir siendo como una "cosa de mujeres" frente a la cual los varones se creen con derecho a apartarse. Los embarazos en el marco de relaciones ocasionales o duraderas pero "sin compromisos" son tomados como una suerte de traición a las reglas del juego implícitas. Estamos convencidos de que si el fruto de esas relaciones es un hijo, el eje de protección se debe desplazar del respeto a la vida privada hacia el respeto a la vida, identidad e integridad del niño, nacido o por nacer.

Es decir en esta **obligatoriedad de las pruebas biológicas** hay tensión de dos derechos humanos, como **IDENTIDAD + VERDAD VS. LIBERTAD DE INTIMIDAD**: es el derecho del niño a su identidad, es el derecho a conocer los orígenes es decir su derecho a saber quiénes son sus progenitores que se inscribe en el derecho estático a la identidad, mientras que su derecho a establecer vínculo jurídico de filiación o el derecho al emplazamiento entre las personas que tienen en un nexo genético se aglutina en su aspecto dinámico. Como dice el fallo del tribunal Constitucional de España no se vulnera ningún de derecho del renuente puesto que en la puja es más importante la protección del derecho a la identidad del niño

El emblemático caso de los “hijos de Herrera de Noble”, cuando ya en el año 2009, La CSJN, declaro la constitucionalidad del secuestro de objetos personales en donde se encuentre el ADN de los mencionados, ordenados por la jueza federal Sandra Arrollo Salgado después de una audiencia con ambos, tras el allanamiento del domicilio, toda vez que existían indicios suficientes que avalaban su producción, guardaba inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal y aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados más ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él. Ley 26.549 (2009).

La ley que ampara el derecho de todo individuo a conocer la verdad sobre su identidad de origen, no solo está dirigido a quienes han sido víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, sino que también comprende a quienes persiguen la definición de su estado filiatorio al margen de esa situación.

También ya lo había resuelto el Tribunal de Familia N° 5, de Rosario, Santa Fe, en 2004, en una medida preparatoria dispuso librar un mandamiento para que el Oficial de Justicia, previa certificación de la identidad de los

involucrados, se presentara en el domicilio materno a fin de instarla ( a la madre) a concurrir junto a su hija menor al Instituto de Genética del Litoral a fin de que se realicen los exámenes de ADN mediante muestras de hisopado de mucosa bucal (...) haciéndole saber que en caso de negativa se faculta a hacer uso de la fuerza pública para cumplir la medida que en su caso deberá ser personal femenino y facultándose a allanar domicilio si fuera estrictamente necesario.

La **obligatoriedad**, debatidas en los ámbitos especializados, fue explicada en razón que era desalentada por las limitaciones puestas por la jurisprudencia de la C.S. en materia de compulsividad de estos exámenes en el ámbito penal. En función de ello, a favor de obligatoriedad y consecuente compulsividad de las pruebas biológicas, la Dra Pauletti<sup>1</sup> ha sintetizado los siguientes argumentos: a) la finalidad principal del proceso, cual es la verdad jurídica objetiva; b) la violación del deber de cooperación del demandado (emparentado este punto con la teoría de las cargas probatorias dinámicas); c) la inocuidad de las extracciones de muestras de ADN en el estado actual de la ciencia; d) el derecho a la identidad -de indiscutible jerarquía constitucional- de quien pretende que el órgano jurisdiccional determine uno de sus aspectos, la identidad filial; e) los términos de la ley 23.511 Ley de Banco genéticos, que no veda la posibilidad de disponer la compulsividad; f) la obligación estadual de investigar la verdad; y g) el hecho de que ética y psicológicamente no es lo mismo para el niño la paternidad como "resultado de una ficción" que una verificación científica con un alto grado de verosimilitud.

La compulsividad de la prueba, como dice la Dra. Pauletti Ana Clara, "... es lo que mejor asegura el derecho a contar con tutela judicial efectiva en estos conflictos, Esta compulsividad se sustenta en lo procesal en la teoría de las cargas probatorias dinámicas ya que muestra al demandado como dueño de la llave de acceso a una sentencia coincidente con la verdad biológica, y ese resultado mal puede quedar sujeto a su total arbitrio y potestad. No sería

---

<sup>1</sup> Pauletti Ana Clara, en su Ponencia: "Obligación procesal de colaborar en la producción de la Prueba pericial genética en juicios de filiación. Subsidiaria alternativa de compulsividad para la extracción de muestras biológicas. Necesaria regulación procesal", del XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL", año 2017;



eficaz la justicia que tolere la neutralización de pruebas certeras, destruyendo de ese modo la protección jurisdiccional...”.

Proyecto de Ley de Procesos de Familia en la Provincia de Entre Ríos:

Así en una iniciativa del Ateneo Entrerriano que sumó a todos los sectores interesados en la justicia de familia para lograr -con una amplia y democrática participación- una ley procesal de familia superadora, que concrete la jurisdicción de protección, en el **Trámite para las acciones de filiación** comprensivas de las de reclamación e impugnación, que tramitan por el juicio por audiencias con las particularidades que se regulan en el título y no deben transitar por la etapa previa.

Se plasma en el proyectado art. **103. Acciones de reclamación de filiación por naturaleza. Prueba genética. Obligatoriedad. Facultades coercitivas.** “... En las acciones de reclamación de filiación por naturaleza, en la oportunidad de notificar la convocatoria a la audiencia preliminar, de oficio o a pedido de parte, el juez anoticiará a las mismas de la forma, fecha y lugar en que se realizará la extracción de muestras biológicas para la prueba genética, disponiendo las medidas necesarias para su producción. **Les hará saber asimismo, que la prueba es obligatoria.**

Conforme a los principios de necesidad y racionalidad, como solución residual frente a la injustificada inasistencia, resistencia y/o falta de colaboración de los convocados a la prueba, y ante la ausencia de otros medios probatorios que inspiren igual confianza, podrá el juez ordenar la **imposición compulsiva del examen**. En esa situación, la extracción de material biológico deberá practicarse del modo menos lesivo, implicará mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras, a efectuarse según las reglas del saber médico, sin desmedro de la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, y teniendo en consideración su género y otras circunstancias particulares, todo según la opinión del experto a cargo de la intervención.

Siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá el juez ordenar la obtención de material biológico para la prueba genética por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo.

**Entonces en la noción de obligatoriedad de la prueba genética,**

previando una instancia que debe habilitarse incluso **de oficio para** que la misma se produzca **bajo apercibimiento de lograr la extracción de muestras de modo compulsivo**. Se prevé además, que a pedido de parte, **la convocatoria para esta prueba se efectúe como diligencia preliminar**. Justifica esta opción, **la preponderancia por el índice de certeza que reviste la llamada prueba de ADN, el derecho de identidad que está en juego y los principios consagrados por el ordenamiento de colaboración procesal y cargas probatorias dinámicas**, concepto éste que indica que quien está en mejores condiciones de aportar prueba dirimente para alcanzar una sentencia que concuerde con la verdad biológica, es el demandado prestándose a la producción de la misma: “no es lo mismo ser hijo por certeza que ser hijo por presunción”

## **EPÍTOME**

La presente se resume en una breve consideración de la casuística, la Normativa Internacional, Nacional y Provincial, en éste último caso –vigente y proyectada- sobre el tópico y su objetivo principal: la naturaleza del vínculo filial y la relevancia de su **determinación judicial con apoyo en el conocimiento experto**; como perfeccionamiento del derecho humano a gozar de los avances de la ciencia<sup>2</sup> con el fin primordial de optimizar la efectiva realización del derecho a la identidad, resaltando con ello el valor de la dignidad humana, como aspiración sustancial del principio de tutela judicial efectiva, hoy nominado en materia de familia en nuestro Código Civil y Comercial (art.706). Es que dicho principio no solo ha sido enunciado como parte de un programa de constitucionalización del derecho privado<sup>3</sup>, sino como un imperativo que desafía a todos los operadores implicados a lograr el efectivo goce de los derechos consagrados en la normativa familiar.

---

2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Artículo 15: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: ...b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones...” . Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Artículo 27. (1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”

3 Lorenzetti Ricardo Luis, Introducción Código Civil y Comercial, Ley 26.994, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2015, pág.9

Entonces, lo dicho adelanta que extensión atribuimos aquél derecho a la identidad. Es que la casuística que brevemente presentaremos visibiliza el criterio de precedencia<sup>4</sup> que; medido conforme los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad<sup>5</sup>; justifica una solución procesal razonable<sup>6</sup> que funcione como herramienta imprescindible -previa ponderación de los derechos en debate<sup>7</sup>- para garantizar el goce sincero del derecho a la identidad<sup>8</sup>; ineludiblemente en su faz estática y en alto nivel en su faz dinámica.

---

4 Razones por las cuales se da prevalencia a un derecho sobre otro en los casos en concreto (conf. interpr. en: López Ruf Pablo, Los principios y la interpretación en la función judicial, Buenos Aires, agosto 2009, JA 2009-III, fascículo n.7, pág 50 y ss.)

5 López Ruf Pablo, ob. cit., pág. 50 y ss.

6 Obligatoriedad de la prueba genética.

7 Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2º edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág 63 a 149. También López Ruf Pablo, Los principios y la interpretación en la función judicial, Buenos Aires, agosto 2009, JA 2009-III, fascículo n.7, pág 50 y ss.

8 Pauletti Ana Clara, en su Ponencia: "Obligación procesal de colaborar en la producción de la Prueba pericial genética en juicios de filiación. Subsidiaria alternativa de compulsividad para la extracción de muestras biológicas. Necesaria regulación procesal", del XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL", año 2017; propone "...una disposición procesal que recepte como una obligación procesal la colaboración del requerido a la extracción de material biológico para la prueba genética y de modo subsidiario, la posibilidad de ordenar se lleve a cabo ese acto compulsivamente, cuidando un diseño normativo que ensamble en la denominada justicia de protección o acompañamiento. Debe contemplarse la posibilidad de ordenar a pedido de parte o de oficio, la extracción de muestras biológicas para la prueba genética en las acciones de reclamación de filiación por naturaleza, como diligencia preliminar, prueba anticipada, o a modo de "prueba pericial prevalente" antes o durante la audiencia preliminar. La convocatoria a las partes debe consignar que la colaboración al efecto, es de carácter obligatorio. Un segundo párrafo debe estar destinado a brindar pautas y los presupuestos para que como una medida sucedánea y extrema, el juez ordene llevar a cabo la recolección de muestras de modo compulsivo. Para la situación en que la extracción de muestras debiera llevarse a cabo de ese modo excepcional, la norma debería prever, que la extracción de material biológico se practique del modo menos lesivo, implique mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras, a efectuarse según las reglas del saber médico, sin desmedro de la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, y teniendo en consideración su género y otras circunstancias particulares, todo según la opinión del experto a cargo de la intervención. Debe contemplarse a su vez, que siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, el juez puede ordenar la obtención de material biológico para la prueba genética por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo..."

En similar sentido a la propuesta reguladora formulada por la Dra. Ana Clara Pauletti<sup>9</sup>, el proyecto de Ley Procesal de Familia para la provincia de Entre Ríos (con dictamen favorable en diputados) trae el art 103 ya citado.-

Es esta una *solución procesal terapéutica*<sup>10</sup>, destinada a dar una respuesta al conflicto-base, es decir, con la intención de solucionar la problemática familiar de base. Necesitando para ello –para llegar a la base del asunto- del acompañamiento interdisciplinario. Esto es, del saber de otras ciencias. Como es sabido DERECHO y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO<sup>11</sup> dialogan para llegar a conclusiones que regularan la vida de las personas. Así, en materia de familia es donde el conocimiento científico interdisciplinario ha adquirido más espacio de actuación en nuestro Código Civil y Comercial. Cabe pensar para ello, en la importancia de los informes interdisciplinarios para el dictado de una sentencia de restricción a la capacidad<sup>12</sup> o, en el caso que hoy nos ocupa, el valor de la *prueba genética* en los procesos judiciales de filiación por naturaleza<sup>13</sup>.

La herramienta procesal propuesta, se presenta –podemos decir- como resultado de un dialogo sincero sobre las mayores posibilidades o cualidades de la interdisciplina; reconociendo además que ésta necesita de un mayor esfuerzo de nuestra ciencia jurídica, que la ayude<sup>14</sup> a garantizar su competencia para establecer una filiación por naturaleza. Permitiendo este acto de humildad científica -traducido en una *solución terapéutica*- efectivizar el goce del derecho a la identidad cuando éste debe transitar por un proceso judicial. Ello le permitirá además –a nuestra ciencia- un discurso jurídico<sup>15</sup>

9 [Ver cita nº 7](#)

10 Peyrano Jorge W., Los roles actuales del Juez Civil Argentino. En dicho trabajo refiere a un perfil de juez “el Juez Terapéutico”, que traspolado a un modo de proponer respuestas en materia familiar, refieren a un diálogo preocupado por encarar el conflicto-base para que la problemática no se repita.

11 En alusión a las distintas disciplinas que dialogan con las ciencias jurídicas, como parte de las discusiones de bioética.-

12 Ver art. 37 del Código Civil y Comercial.

13 Ver art. 579 del Código Civil y Comercial.

14 En tal sentido toda nuestra propuesta sobre obligatoriedad y compulsividad(ponderada)

15 López Ruf Pablo, ob. cit., pág. 60 y ss. “...el discurso jurídico tiene...que atenerse a las normas del sistema jurídico, a los precedentes judiciales, a las opiniones doctrinarias y a los

coherente (mayormente normativo) con el principio citado de tutela judicial efectiva, de buena fe y lealtad procesal, oficiosidad (art 706CCyC) y de colaboración en la prueba<sup>16</sup> (art 710 CCyC).

Pero antes, y por sobre todas las cosas, resaltamos la tutela judicial efectiva tan anunciada por aquél discurso como aspiración a realizar y su característica de coherencia. Ahora bien, para entrever este rasgo creemos necesaria una regulación procesal o *solución terapéutica* como la referida. Pues hoy, el discurso sistémico del código nos comunica que cuando existe orfandad probatoria (filiación por naturaleza determinada sin prueba genética) y falta de colaboración del requerido, ello constituirá un “indicio grave”. Hemos escuchado en alguna conferencia, que esta formulación fue privilegiada sobre la de “presunción en contra”, a los fines de evitar la pasividad probatoria de la presunción. Para que a la postre, las partes se preocupen de agregar otro tipo de pruebas que refuercen la conclusión lógica de la sentencia, dando con ello más contenido a la identidad; más certezas. De igual forma no será *toda la certeza*<sup>17</sup>. Entonces, según creemos, nuestra ciencia puede realizar un mejor esfuerzo y permitir al conocimiento científico experto, a través de la regulación procesal propuesta (obligatoriedad-subsidiariedad), desarrollar su máximo esplendor; reconociéndose a sí misma -a la vez- su constante ejercicio destinado a brindar tutela judicial efectiva.

Amén de ello, aquél rasgo característico se traslucirá también en el discurso jurisdiccional; distanciándose éste de la necesidad de apelar a la cosa

---

argumentos que se construyen sobre la base de todos ellos...”

16 Pauletti Ana Clara, ob. cit., “...la colaboración del requerido en la extracción de material biológico para la prueba genética en los procesos de filiación Implica no más que reforzar la regla probatoria receptada para todos los procesos de familia en el art. 710 CCyC conforme a la cual, la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar, pues en estas discusiones, es el demandado quien dispone de su material biológico y se halla en mejor situación para aportarlo.”

17 Conforme el actual estado del arte sobre la cuestión científica y sus posibilidades. Reconociendo que lo que hoy (A.D.N) es irrefutable, tal vez en un futuro lo sea. Esto en términos por ejemplo de Thomas Kuhn, La estructura de las revoluciones científicas, ver referencia y enlace en: [https://es.wikipedia.org/wiki/La\\_estructura\\_de\\_las\\_revoluciones\\_cient%C3%ADficas1](https://es.wikipedia.org/wiki/La_estructura_de_las_revoluciones_cient%C3%ADficas1)  
<http://www.isbn.org.ar/web/busqueda-avanzada-resultados.php#modal79900>.

juzgada flexible en los casos de orfandad probatoria, y acercándose a un juzgamiento más efectivo.

Con idéntico espíritu, el dialogo normativo de fuentes (art. 1CCyC) nacionales e internacionales optimizará coherencia si se aplica –con aquella solución terapéutica- el principio de colaboración con la prueba según el dinamismo de cada tipo de proceso<sup>18</sup>. Así nuestra coterránea colega fundamenta la *obligatoriedad* en la realización (reforzada por aquél ejercicio) de este principio, y dice que éste “Implica no mas que reforzar la regla probatoria receptada para todos los procesos de familia en el art. 710 CCyC conforme a la cual, la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar, pues en estas discusiones, es el demandado quien dispone de su material biológico y se halla en mejor situación para aportarlo. El principio de colaboración procesal que inspira esa regla, interpretado en función de la elocuencia que reviste la prueba genética para esclarecer el objeto del proceso, basamenta que se regule como obligación procesal la facilitación y posibilitamiento de esta prueba, y autoriza que frente a la obstinada resistencia, se apele a la compulsividad...”<sup>19</sup>

Nosotros, como dijimos, resaltamos por sobre otros fundamentos la tutela judicial efectiva y la búsqueda de la optimización del discurso jurídico; pues el mayor grado de efectividad está a nuestro alcance, basta con “operar”. Brindar aquella solución terapéutica, como respuesta funcional del derecho procesal hacia la realización efectiva de los derechos humanos<sup>20</sup>; en el particular el derecho a la identidad. Teniendo en cuenta que “en la base de éste último se estructuran otros derechos como el de la nacionalidad, al nombre, a las relaciones de familia, que entre otros, conforman un conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona

---

18 Pauletti Ana Clara, ob. cit., “La previsión en principio estaría destinada para las acciones de reclamación de filiación por naturaleza ejercidas por el hijo, por lo cual se incluyen las que se sustancian contra los sucesores del presunto padre fallecido, siendo éstos los que deben prestarse a la prueba biológica.”..

19 Pauletti Ana Clara, ob. cit..-

20 En idéntico sentido Pauletti, Ana Clara, ob.cit..-

en sociedad”<sup>21</sup>. Es decir, *EL SER*. Rescatando con esto lo esencial de la vida humana: LA DIGNIDAD.

---

21 Pauletti Ana Clara, ob. cit., en cita a: CortelDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr.122; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párrs. 89, 112, 113