

PONENCIA

COMISIÓN: a) TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. *Procesos de Familia.*

TEMA: 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.

AUTORA: Ana Clara Pauletti

Dirección postal: Rivadavia 454, Gualeguaychú, Entre Ríos

Teléfono: 03446425320

Correo electrónico: anapauletti@hotmail.com

Breve síntesis de su propuesta: El carácter dirimente de la prueba genética en los juicios de filiación, atado a la clara conveniencia jurídica y humana de que las sentencias que allí se dicten se basen en la verdad biológica, justifica que en función de la preminencia del derecho a la identidad sumado a los valores que caracterizan el proceso civil actual, se superen viejas discusiones y que las nuevas regulaciones procesales incluyan su carácter obligatorio y de modo subsidiario, se contemple la alternativa de la compulsividad. La ponencia pone a consideración los términos en que podría redactarse tal disposición.

** No participa en los concursos del congreso*

I. Planteo.

Señala el Profesor Roland Arazi que el derecho a la verdad, a conocer la identidad, respetarla y preservarla, como la protección a la familia, tienen jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nación y a expresas disposiciones de los Tratados Internacionales, pero que no se garantizan tales derechos fundamentales si la filiación se basa en una mera presunción judicial, de donde sólo pueden obtenerse los derechos derivados de aquella, cuando los métodos científicos actuales de modo simple dirimen fehacientemente la cuestión¹.

Tiene en cuenta por eso el distinguido amigo procesalista, que si bien el Código Civil y Comercial no le da la posibilidad al juez de ordenar medios compulsivos para que los interesados conozcan realmente la filiación, en rigor tampoco lo prohíbe, por lo cual a su criterio, es posible regular la prueba genética con esa modalidad en los códigos procesales locales, complementando aquél cuerpo legal.

Comparto esa mirada, y creo oportuno discutir el diseño de un dispositivo procesal que recoja el planteo, ya que en distintos ámbitos se está trabajando en nuevos procesos de familia que funcionalicen el constitucionalizado derecho de fondo que nos rige desde el 1 de Agosto de 2015.

Valores tales como la solidaridad familiar, la relevancia del derecho a la identidad, la certeza a la que permite arribar la prueba genética en los juicios de filiación, la proscripción del abuso de derecho y del proceso (e incluso el deber de los jueces de prevenirlo), atado a la clara conveniencia jurídica y humana de que las sentencias que allí se dicten se basen en la verdad biológica, así lo justifican.

¹ ARAZI, Roland: "Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial", en: Rev.LL, 26/09/2016, 1; mismo autor: "La prueba genética en los juicios de filiación: obtención de ADN", en http://fundesi.com.ar/la-prueba-genetica-en-los-juicios-de_15/.

La presente ponencia prescinde de abordar la cuestión ya sobradamente tratada por la doctrina, relativa al carácter de indicio grave o presunción de la negativa del demandado al sometimiento a la prueba genética, porque en cualquier caso, se asume como disvaliosa la ficción basada en la conducta de aquél, para fundar la sentencia de filiación. De allí el directo tratamiento de la necesidad de regular esa conducta como una obligación procesal, de eventual y excepcional cumplimiento compulsivo.

II. Prueba decisiva en juicios de filiación.

La pericia genética, merced a la evolución de la ciencia, otorga certeza acerca del hecho principal a probar en las acciones de filiación, esto es, el vínculo biológico², y despeja cualquier posibilidad de arbitrariedad en la decisión³.

Aún así, el art. 710 del Código Civil y Comercial recepta para todos los procesos de familia el principio de amplitud probatoria, el cual también

² Como se sabe, esta prueba busca determinar qué proporción de personas de la misma población del que se sindicó como padre tiene una combinación de patrones de ADN igual a la muestra, para lo cual se acude a las estadísticas y tablas poblacionales adaptadas a la raza y al lugar geográfico de la investigación. Ahora bien, la posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000, cuestión que permite inferir el alto grado de certeza que presentan estas técnicas de investigación de la paternidad, que en la actualidad alcanza el 99,99%, mientras que la pericia que excluye el vínculo, confiere el 100% de seguridad (conf.: FAMÁ, María Victoria: "La prueba genética en el Proyecto de Código", LL, 2013-E, 943; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa: *La identidad "en serio": sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, en *Derecho de Familia*, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nro. 33, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág.67 y sgtes.).

³ Hasta tal punto en estos litigios la pericia genética es decisiva, 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, ante la ausencia de la prueba de ADN (conf.: SCBA, "C., M. A. vs. M., A. s. Filiación", 11/03/2015, Rubinzal Online, Número de causa: 102058, Cita: RC J 1870/15; y misma corte provincial en causa C. 92.539, "De Ángel, Obdulio José contra Ángela Santina Actis Perino, viuda de Bruni. Petición de herencia", del 17/06/2015; ver además Dictamen del Procurador General en: CS, en "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Donoso, Patricia Rosa c/ Romero, Daniel Adolfo", sentencia del 27/05/2004; TSJ, Neuquén, "M., M. L. c. C., J.", del 29/11/2005, en: LLPatagonia 2006, 194; DJ 12/04/2006, 1013; CJ San Juan, "N.N. c. Suc. N.N. y N.N.", del 05/03/2009, en LLGran Cuyo 2009 (junio), 482; KRASNOW, Adriana W.: "La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?", en: LLLitoral 2007 (setiembre), 834; LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga: "La prueba biológica y la negativa del demandado: ¿cosa juzgada material?", RDF, 2009-II-102; ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1097/2012; YUBA, Gabriela: "Revisión de la cosa juzgada en juicios de filiación", en: LL, 2015-C, 471). En concordancia con ello, 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 (Conclusiones de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, entre el 1 y 3 de Octubre de 2015, Comisión Nro.6, "Familia: Identidad y filiación"; en <http://jndcbahia blanca2015.com/?cat=9>).

asegura en el art. 579 destinado a la prueba en los procesos de filiación. Al respecto esta última norma establece que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, previendo que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte⁴.

El mismo art. 579 CCyC indica además, 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 y que debe priorizarse a los más próximos. Finalmente contempla que si ninguna de estas alternativas es posible, el juez debe valorar la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente⁵.

El problema que enfrentamos cuando el demandado no se presta a la extracción de muestras para la prueba genética, es que el resultado de los restantes medios probatorios no está destinado a abonar de modo directo y fehaciente el vínculo biológico por el que se litiga (como sí lo hace la prueba de ADN), sino para que, indirectamente, a partir de inferencias lógicas basadas en hechos distintos (como la relación sentimental habida al tiempo de la procreación), o indicios provenientes de la conducta procesal (como la renuencia a dicha pericial) el juez pueda formar convicción en relación a la filiación invocada o que se intenta atacar.

Esta diferencia impacta en el peso de la sentencia para la vida de los sujetos destinatarios, ya que como es sabido, no es lo mismo ser un hijo

⁴ Esta nueva norma es más precisa en relación a la noción “prueba biológica” que contenía el art. 253 del CCiv (según redacción de la ley 23.264), a la par de acentuar el principio de oficiosidad, también en consonancia con el art. 709.

⁵ La redacción normativa es confusa, pero la lectura que cabe realizar a esa disposición no es literal, sino que debe interpretarse que la alternativa de efectuar la prueba genética con los parientes, no implica una sumatoria de exigencias formales que la parte actora debe agotar, sino que en ausencia del demandado puede valerse de la producción de la prueba con los parientes, pero la mera negativa injustificada de aquél, le servirá como indicio grave en su contra. Es debatida la calidad que debe atribuirse a los parientes que participen en la prueba genética. Creo por mi parte que hay que diferenciar si éstos intervienen en un proceso donde se litiga con el demandado vivo, que cuando lo hacen como sucesores del presunto progenitor y por lo tanto revisten ellos legitimación pasiva, y son parte, situación contemplada por el art. 580 CCyC. El primer caso es el previsto por el art. 579 CCyC, al que cabe aplicarles por analogía el régimen previsto para el testigo (arts.426, 431 CPCCN, 154, 247 y 248 CPPN, y 243 Código Penal) y con ello asignarles el correlativo deber de comparecer, declarar y decir la verdad (en rigor colaborar con muestras biológicas), pues el rol que tienen en el proceso está circunscripto a la prueba (conf.: PAULETTI, Ana C.: “Prueba pericial genética en juicios de filiación”, en La Prueba, Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi, Rubinzal Culzoni Editores, pág.415 y sgtes.).

presunto, que hijo cierto⁶. El detalle, ligado a la obstrucción del derecho a la verdad, apareja ondas derivaciones para la vida del sujeto que litiga por su identidad, pues aun cuando su demanda termine siendole admitida con poco mas que la renuencia del demandado a la pericial genética, ese resultado basado en una ficción le dejará un sabor amargo, que se sumará a la dificultad para concretar los múltiples efectos propios del vínculo paterno-filial que caracterizan las paternidades empequeñecidas así construídas⁷.

No parece por eso valioso quedarnos con que de la negativa se extrae un “indicio grave”, ya que sobre la base de esa suerte de “reconocimiento ficto” nacido de un acto de inconducta procesal, será declarada la filiación, y con ello el estado de familia del hijo, habrá quedado al arbitrio de los particulares⁸.

El derecho involucrado, inalienable, imprescriptible, perpetuo y oponible erga omnes, exige un mayor esfuerzo a la jurisdicción que el de atender ficciones para decidir, y pasa por lograr a partir de la obligatoriedad del sometimiento a la prueba genética, que la prueba decisiva y dirimente se produzca. Con esto, la “certeza oficial” que los jueces deben buscar, seguirá siendo verdadera si se la coteja con la realidad⁹.

III. Obligatoriedad.

La lectura de la obligatoriedad del sometimiento a la extracción de muestras para la realización de la prueba de ADN no es nuevo, pero su discusión en miras a una posible regulación procesal parece más propicia en este, nuestro tiempo jurídico, marcado por la vigencia del Código Civil y

⁶ PETTIGIANI, Eduardo J.: “Atribuir un progenitor o conocer quien es el progenitor? A propósito de la obtención compulsiva de la prueba biológica en los juicios de filiación”, en DFyP 2010 (marzo), 01/03/2010, 3.

⁷ Conf.: GALLI FIANT, María M.: “Paternidades limitadas”, en: DFyP 2014 (enero), 57.

⁸ ARIANNA, Carlos, GROSMAN, Cecilia P.: “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en: LL, 1992-B, 1193.

⁹ JÁUREGUI, Rodolfo G., "Carga de la prueba y pericias hematológicas", LL 1999-D-968.

Comercial y la necesidad de pensar lo procesal en función de las convenciones de derechos humanos.

La Corte Suprema se ha referido a la existencia de un deber de tutela reforzado en acciones como las de filiación, calificación esa coincidente con la realizada por el tribunal regional de derechos humanos en el caso “Furlan vs. Argentina”¹⁰, que tiene anclaje en la índole de los derechos materiales a los cuales se debe tutelar.

Esa manda nos interpela a revisar la idoneidad de las herramientas procesales disponibles, y justifica que configuremos como una obligación procesal, la colaboración del requerido en la extracción de material biológico para la prueba genética en los procesos de filiación¹¹.

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 para la extracción de muestras como solución última.

¹⁰ CS, “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, del 15/03/2016, en LL, 2016-B , 509; DFyP 2016 (julio) , 86.

¹¹ Recordemos con el maestro Eduardo J. Couture, que dentro de los actos procesales, se encuentran los imperativos jurídicos, que han sido clasificados en deberes, obligaciones y cargas. Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, los instituidos en interés del acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés. Los deberes procesales, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzada. Las obligaciones son prestaciones impuestas a las partes en ocasión del proceso (COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 4ta. Edic. Editorial BdeF, año 2009, pág.171/173).

Se trata de una definición compatible con el sistema de indicio grave que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme fue concluido en el seno de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2015¹².

Bien se ha expresado que la resistencia a prestarse a la obtención de una muestra de sangre, saliva o cabello por parte del demandado, o a la exhumación del cadáver para la obtención de muestras aptas para el análisis por parte de los herederos, no encuentra justificación posible dentro del plexo de derechos fundamentales en juego y su debida ponderación, y tampoco puede valorarse como una conducta procesal más, pues este comportamiento obstruye el acceso al conocimiento de la existencia o inexistencia del nexo biológico, objeto central de la prueba en todo proceso de filiación¹³.

En esa línea, a favor de obligatoriedad y consecuente compulsividad de las pruebas biológicas, la doctrina ha condensado sólidos argumentos. Entre ellos: 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) no existe una prohibición legal a 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 verosimilitud¹⁴.

12 Por mayoría. Conclusiones de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, entre el 1 y 3 de Octubre de 2015, Comisión Nro.6, "Familia: Identidad y filiación"; en <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9>.

13 GALLI FIANT, María Magdalena: "Pruebas biológicas en la filiación", LL, 2014-A , 844.

14 FAMÁ, María Victoria: "La prueba genética en el Proyecto de Código", LL, 2013-E, 943.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires avaló una decisión que rechazó la excepción de cosa juzgada, y a la par ordenó la prueba de histocompatibilidad previendo de oficio la eventual compulsividad para concretarla¹⁵. En relación a ello, se contempló que la ley 26.549, que incorporó el art. 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, autoriza la extracción de sangre compulsiva.

Precisamente la importancia de esa disposición legal fue resaltada por el juez Pettigiani, en labor doctrinal, donde apuntó que la norma vino a fijar los procedimientos necesarios para la obtención de muestras de ADN cuando sea necesario para establecer la identidad del imputado u otra persona o para la constatación de circunstancias de importancia para una investigación penal, pero que más allá de las cuestiones que la ley venía a resolver, debía repararse que el derecho de todo individuo a conocer la verdad sobre su identidad de origen, no solo está dirigido a amparar 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 situación¹⁶.

La imposición compulsiva del examen biológico en estos casos, ha sido recibida en el derecho comparado y prácticas de otros países¹⁷, siempre en base a principios de necesidad y racionalidad, donde la restricción de derechos del demandado obedece no a un capricho, si no a una solución residual frente a su injustificada resistencia y la ausencia de otros medios que inspiren igual confianza¹⁸.

15 conf.: SCBA, "P., M. G. c. M. G., J. M. s/ Filiación", del 11/03/2015, en APFAMJD 30/04/2015, Cita Abeledo Perrot N°: AR/JUR/2272/2015.

16 PETTIGIANI, Eduardo J.: ob.cit.

17 PETTIGIANI, Eduardo J.: ob.cit.

18 TELLO MORENO, Luisa Fernanda: "Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación", en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R021809.pdf>; FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa, "La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", en Información Legal, cita online: AP/DOC/1427/2012; ARAZI, Roland: "La regla de amplitud probatoria vs. los derechos del niño", LL, 2011-A, 475.

Hace muchos años, una idea así se receptó para la prueba pericial en el art. 196 del CPCC de Santa Fe, todavía vigente, que dice: “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión; salvo cuando se trate de asuntos que afecten el orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba. Esta última medida será recurrible”.

En rigor, la negativa injustificada del sujeto pasivo de la experticia, es una situación más frente a la cual el juez como director del proceso debe reaccionar usando sus facultades coercitivas para ejecutar sus decisiones¹⁹, esta vez en búsqueda de la verdad relacionada con el derecho a la identidad que debe tutelar. Y cuanto más, si ese desenvolvimiento jurisdiccional lo brinda en función del interés superior del niño.

Repárese que nunca se discutió si las partes estaban o no obligadas a someterse a la prueba confesional ni a la declaración de parte, y tampoco hubo dudas acerca de las consecuencias negativas para quien no se presentara a una audiencia fijada con ese cometido. Tampoco parece haber sido problemática la previsión relativa a la prueba documental, conforme a la cual, si el documento está en poder de una de las partes, e intimada no lo presentara, y por otros elementos de juicio resulta manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituye una presunción en su contra (art.388 CPCCN) .

Más aun, respecto de terceros ajenos al proceso, el testigo que no comparece puede ser multado y llevado a los estrados judiciales por la fuerza pública (art.431 últ.párr. CPCCN) y en el caso de atraso injustificado en las contestaciones de informes, el juez deberá aplicar sanciones conminatorias progresivas (art.398 CPCCN).

¹⁹ PEYRANO, Jorge W.: “La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez”, en: LL, 2013-B, 796.

Ocurre, que como piensa Peyrano, existe un verdadero “servicio público judicial” que emplaza a todos los ciudadanos a ponerse a disposición de los órganos jurisdiccionales para colaborar con éstos en pos de una mejor prestación del servicio de justicia, lo cual legitima al principio de cooperación procesal y al de los deberes anejos a su funcionamiento cuando se trata de justificar la colaboración forzada de terceros en un proceso civil que no los tiene como partes²⁰. *A fortiori*, podemos decir que ese deber comprende a la mismas.

Los fundamentos por los que se desestima la obligatoriedad, parten del ámbito de causas penales, y se basan en la salvaguarda de la libertad, la intimidad y la integridad física, preocupaciones que hoy pueden considerarse superadas con la evolución científica y el carácter no invasivo de estos estudios²¹. Y si bien hace años ya, se dijo con autoridad, que la argumentación basada en el principio constitucional "nadie está obligado a declarar contra sí mismo" no es aplicable a la situación examinada, y que la Corte Suprema siempre ha sostenido que esa garantía sólo rige en materia penal²², lo cierto es que con más razón la constitucionalización actual del derecho privado y del mismo proceso civil, impiden traspolar sin más, conceptos o viejas ideas del derecho penal al de familia, regido por valores nuevos, donde destaca la solidaridad²³.

Desde esa atalaya, los derechos en tensión a ser ponderados muestran una diferente dimensión, y resulta razonable autorizar un mínimo sacrificio de la libertad, la intimidad y la integridad física, para priorizar el

20 PEYRANO, Jorge W.: “El principio de cooperación procesal”, en: LL, 2010-A , 1062.

21 CS, “Emma Elidia Gualtieri Rugnone de Prieto y otros”, del 11/08/2009, en DJ 23/09/2009 , 2670; JA 2009-IV , 605 ; Fallos: 332:1769; "Recurso de Queja por apelación denegada en causa “Müller, Jorge s/Denuncia”, del 13/11/1990, en ED, 141-268; Fallos: 313:1143; “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, del 30/09/03, LL, 2003-F, 970.

22 ARIANNA, Carlos, GROSMAN, Cecilia P.: “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en: LL, 1992-B , 1193.

23 MIZRAHI, Mauricio L.: “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23511” en: JA,2004-II-1467.

derecho a la identidad, ya 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 en sociedad²⁴.

La conceptualización de la obligatoriedad de la prueba y el examen compulsivo como medida extrema, permiten asegurar la veracidad de la filiación atribuída.

Como lo recuerda Arazi, también Morello pensaba que el progenitor alegado estaba obligado a someterse a las pruebas biológicas, como de prestar a la jurisdicción el máximo de cooperación. La extracción de una pequeña dosis de sangre, no es ofensiva –dijo- ni irrazonable para un hombre medio, no afecta su privacidad, y en cambio sirve a los fines de la justicia y al averiguamiento de la verdad, señalando que desde el siglo XIX se acepta sin discusión, la obtención de documentos en poder de las partes o de terceros, la vacunación obligatoria y otras medidas de compulsión, a las que pueden agregarse el control de alcoholemia, la identificación digital, etc.²⁵.

En una época legal humanista, donde la solidaridad se entroniza como valor supremo, desplazando definitivamente al individualismo y con él, al exagerado resguardo del principio de libertad propio del derecho liberal clásico²⁶, el sometimiento a la prueba pericial genética debe ser visto como obligatorio y un imperativo ético para el compelido. La compulsividad como última reacción frente a la actitud descomedida de aquél, es en ese

24 CortelIDH, 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.

25 MORELLO, Augusto M. "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso", JA, 1991-III-52; ARAZI, Roland: "La prueba genética en los juicios de filiación: obtención de ADN", en http://fundesi.com.ar/la-prueba-genetica-en-los-juicios-de_15/.

26 Clemente Díaz hablaba de "un erróneo concepto de la libertad" conforme al cual, se prohíbe adoptar medidas coercitivas contra la persona para impulsarla a cumplir la decisión judicial, favoreciendo de esa manera al deudor, incluso a los deshonestos (DIAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Abeledo-Perrot, año 1968, T.I, pág.163).

esquema, un recurso más de la jurisdicción de protección para la eficaz tutela (así “reforzada”) de derechos merecedores de especial resguardo.

Legalmente la solución encaja con la censura al ejercicio abusivo de los derechos y con el deber del juez de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (art.10), además de operar claramente en clave de prevención del daño que una sentencia con basamento científico en la verdad biológica puede evitar (art.1710).

Bases para una regulación procesal.

Propongo 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 acompañamiento²⁷.

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”²⁸ 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. En

²⁷ Podrán tenerse en miras para su factura, entre otros modelos, el Código Procesal Civil alemán, el art. 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación (según ley 26.549), y el art.196 del CPCC de Santa Fe.

²⁸ El nuevo CPCC de la Pcia. de Santa Cruz, en su art. 356 bis, regula la “Prueba pericial prevalente”, estableciendo: “Cuando se ofreciere prueba pericial que el Juez estime preponderante, antes de resolver sobre las demás pruebas ofrecidas ordenará la producción del peritaje; una vez producido el dictamen, con intervención de las partes y los consultores técnicos, y resueltas, en su caso, las impugnaciones y observaciones formuladas, convocará a una audiencia para requerir explicaciones y promover un acuerdo conciliatorio que ponga fin al litigio. No logrado el acuerdo, el Juez proveerá la restante prueba ofrecida teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 342 en ese estado del proceso” (incorporado por ley 3453).

ese sentido, es conveniente que esa decisión se mida 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.

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.

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. En supuestos de acciones de impugnación donde el legitimado activo no sea aquél, el juez tendrá que establecer si la compulsividad no afecta el interés superior del niño.

Como es sabido dicho principio tiene contenido fáctico además de jurídico, y el juez debe optar siempre por la situación que mejor asegure la máxima vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, por lo que decidirá conforme a las circunstancias particulares del caso. Bastará pues que la norma deje la alternativa planteada.

