

NEUQUEN, 13 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **“T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION”**, (Expte. Nº 249156/2000), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 282/290 hace lugar a la demanda de filiación, y en consecuencia, declara que la menor A. A. T. es hija de G. O. C., con costas. La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 301/307, cuyo traslado fue contestado a fs. 309/311.

A fs. 313 el Sr. Fiscal propicia se confirme la sentencia, y en el mismo sentido se expide la Defensora del Niño a fs. 315.

Sostiene el quejoso que la presunción del artículo 4 de la ley 23.511 establece un indicio y no una presunción legal tasada, señalando que la cita jurisprudencial mencionada en la sentencia no resulta de aplicación al caso en análisis ya que en el precedente se encontraba acreditada la relación de noviazgo y convivencia, lo que no ocurre en autos.

Afirma que existió una deficiente valoración de la prueba testimonial y señala que la negativa a realizar la prueba no es suficiente como para fundar una sentencia favorable al reclamante ya que se trata de una presunción y nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que la sentencia cuestionada resulta ajustada a derecho.

Tal como sostuviéramos hace unos años, en un precedente de esta Sala II del 22 de marzo del 2.011:

En primer lugar y adelantando que la suerte del recurso será adversa, no es posible perder de vista que este tipo de procesos, que hasta hace pocos años resultaban el clásico ejemplo de la prueba difícil o diabólica, con una actividad probatoria muy dificultosa, en los que en la mayoría de los casos era complicado alcanzar certeza, en la actualidad y debido al avance de la ciencia, la prueba técnica resulta determinante y el resto del material probatorio, francamente está en camino de ser prácticamente innecesario.

A lo dicho concurren dos valores que actualmente –al margen de la importancia que le atribuya cada uno- aparecen fundamentales: la duración de los procesos, y la importancia del derecho a la identidad.

Luego, y con respecto a la valoración de su negativa a la extracción de sangre debo decir que efectivamente el artículo 4º de la ley 23.511 impone que la negativa a la realización de la prueba es un indicio en contra de lo alegado por quien se niega.

Señala la norma: “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 reuente.”

Al contestar la demanda el accionado señala: “...Respecto de la prueba biológica ofrecida, esta parte se reserva el derecho de sometimiento o denegación de la producción de la misma para el momento procesal pertinente...”, y nada dice acerca de su estado de salud, el cual, siendo tan delicado como dan cuenta los certificados, no resulta verosímil que al momento de contestar demanda no lo hubiera sabido.

Valorando la circunstancia alegada respecto a la situación de estrés que le provocaría comparecer tanto a la absolución como a la extracción de sangre, tampoco encuentro que ello resulte atendible pues bajo esa circunstancia directamente debería habersele impedido a la actora promover la acción y notificar las distintas instancias procesales, pues lo que el cardiólogo señala es que el actor debe evitar situaciones que le generen stress psicofísico y lo cierto es que los procesos de estas características, en la mayoría de las ocasiones generan estrés.

Volviendo a la cuestión del indicio, señala Devis Echandía en su obra “Teoría general de la prueba judicial”: “La voz latina *indicium* es una derivación de *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste... De acuerdo con esto entendemos por indicio un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos” (“Teoría General de la Prueba Judicial” Hernando Devis Echandía-Tomo II-pág. 601Zavalía Editor-1974) Continúa el autor: “En virtud de ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que investiga: esa inferencia se conoce como presunción judicial que es diferente del argumento probatorio, que le sirve de causa... el indicio suministra un argumento y la parte o el juez deducen de él un argumento, siempre que el hecho consienta y el hombre realice dicha construcción...”

“Indicio puede ser cualquier hecho... siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica...” (pág. 602).

El autor citado adopta la postura de que los indicios son medios de prueba, precisando que el hecho de que el hecho indiciario sea objeto de prueba no excluye su condición de medio de prueba respecto al hecho indicado, agregando

que el juez nunca percibe el hecho que constituye su objeto, sino, hechos que a través de una operación mental se relacionan con aquél.

Asimismo los indicios admiten clasificaciones anteriores o concomitantes al hecho desconocido; necesarios o contingentes y estos últimos a su vez en graves, leves, próximos o remotos; de modo tal que el indicio derivado de la negativa a la extracción de sangre es posible caracterizarlo como un indicio grave del hecho indicado.

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

a. Se ha dicho que "en nuestros días dos pruebas biológicas constituyen el centro de atención científica: las basadas en el diagnóstico inmunogenético (conocido como sistema del H.L.A.) y las de huellas genéticas que, a través del procedimiento de la electroforesis, se hace de segmentos o secuencias del ácido desoxirribonucleico (o tipificación del A.D.N.). La primera consiste en la determinación de los antígenos humanos leucocitarios (H.L.A.) en los linfocitos de la sangre... La segunda parte del descubrimiento de que en el A.D.N. existen pequeñas secuencias de nucleótidos dispersos en los cromosomas que constituyen cadenas de tamaño extremadamente variable, ... secuencias o bandas que constituyen una suerte de huella genética; cada persona hereda un 50% del material genético del padre y el otro 50% de la madre... El análisis consiste, pues, en comparar el patrón de bandas presente en el hijo con el patrón de bandas de cada uno de los progenitores... La posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000" (Zannoni, Eduardo, "Identidad personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, págs. 163/164).

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

El reconocimiento de la eficacia de las pruebas basadas tanto en el sistema

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

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

Tal vez el ámbito de actuación del magistrado, ante esta realidad científica, y en consonancia con la señalada doctrina del Tribunal cintero, deba reducirse a constatar o asegurar la legalidad del procedimiento e idoneidad de los partícipes en la referida experticia. "El magistrado podría prescindir del informe técnico si descubre defectos en su realización, alteraciones en las muestras, anomalías en los sueros testigos, deficiencias técnicas de laboratorio, errores en los cálculos, inadecuada interpretación de los datos, etc.; en suma, variadas imperfecciones intrínsecas de la pericia realizada" (Grosman, Cecilia, "Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación" La Ley, 1988-II- b. Por otro lado, estos avances científicos otorgan un grado de certeza inimaginable hasta hace poco tiempo atrás. Es por esta razón que los métodos tradicionales, las presunciones, las pruebas tendientes a acreditar la relación al tiempo de la concepción se debilitarán frente al adelanto que la ciencia proporciona (Méndez Costa, M.J., "Importancia de los criterios tradicionales en la prueba de la filiación extramatrimonial", La Ley, 1992-B, 465).

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

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

Ya no es posible pretender ampararse en una presunción para reconocer una situación difusa -en relación con la norma del art. 4º, ley 23.511- (conf.

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

La presunción que se deriva del indicio constituido por la negativa infundada del demandado a someterse a la prueba biológica (art. 4º, ley 23.511), ciertamente perdería su propósito, quedaría descontextualizada (conf. Mendonca, Daniel, "Presunciones", Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, 1998, nº 21-I, págs. 94/95) y debería ceder -habida cuenta su carácter instrumental en pos de posibilitar el proceso decisorio o limar ciertas situaciones de incertidumbre- frente a la efectiva posibilidad de obtener verdaderos elementos de juicio genuinos a favor o en contra de la concreta determinación de la filiación de origen de un individuo, cuestión sustancial, procurándose así evitar que por su intermedio puedan obtenerse soluciones inadmisibles o erradas." (G., A.N. C. S., R. J. LL On Line AR/JUR/67478/2009 16-12-2009).

En el caso de la negativa a la extracción de sangre consagrada como indicio, contra lo afirmado por quien se niega, es posible señalar que del hecho conocido -negativa a la extracción- es posible realizar la inferencia de presumir en contra de lo que manifestó el demandado y en esa senda atribuir la paternidad reclamada, tal como lo decidiera la instancia de grado, pues, no es posible perder de vista que ello se hizo valorando la postura del demandado a contestar y el resto de la prueba.

Por otra parte, con respecto a la desprolija cita de jurisprudencia en la que el demandado pretende asentar sus afirmaciones se puede colegir que se trata de fallos que se han dictado hace ya algunos años los cuales a la luz del desarrollo que han tenido este tipo de pruebas para la determinación de la filiación, resulta difícil trasladar sin más esas conclusiones; lo cierto es que en la actualidad se encuentran cada vez más voces a favor de la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

Pues bien, aplicando los conceptos que en relación al tema ha sentado esta Sala, considero que las argumentaciones vertidas por el quejoso resultan inadmisibles.

En primer lugar, se destaca que al responder la demanda en momento alguno cuestionó la procedencia del examen de ADN petitionado por la actora y mucho menos argumentó que ello invadiera su privacidad o constituyera una declaración en su contra.

Pero de las constancias de la causa resulta clara su evidente negativa a realizarse el análisis de referencia, y por cierto que fueron varios los intentos para que compareciera ante el organismo pertinente sin que ello diera resultado.

La manifestación que ahora se formula en la expresión de agravios en el sentido que no fue debidamente notificado carece de todo asidero en las constancias del proceso, y en todo caso debió plantearlo en su oportunidad y no como pretende ahora en forma extemporánea.

Por otro lado si su intención fuera de realizarse el análisis, que por las razones que fuera no pudo hacer con anterioridad, lo hubiera planteado en la expresión de agravios, lo que no se realizó y por el contrario queda claro que no va a aceptar su realización.

Ante la negativa, la conducta procesal seguida apreciada en función de los términos en que contestara la demanda y las declaraciones testimoniales, entiendo que acreditan la procedencia de la pretensión.

Destaco, en cuanto a las declaraciones testimoniales que el testigo Pastoriza reconoce que se conocieron en un boliche y que siempre se juntaban en grupo si bien no vio que tuvieran relación sentimental, con lo cual está reconocida la existencia de una relación que al menos tuvo varios encuentros, toda vez que señaló que siempre se juntaban en grupo.

En cuanto a las manifestaciones de Delgado González, es clara acerca de la intimidad entre las partes ya que relata con precisión la existencia de un encuentro o salida en Villa Pehuenia.

III.- Por todo ello, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la demandada vencida, debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero a la opinión y solución propuestas por el señor Vocal que me precede en orden de votación.

Agrego que el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que la negativa a la aportación de material genético para la producción de la prueba genética constituye indicio grave contrario a la posición del renuente, por lo que el legislador ha persistido en las consecuencias a otorgar a la negativa a la realización del estudio de A.D.N., agravando la calificación del indicio (ahora es grave), justamente por los intereses no sólo individuales, sino también sociales, que se encuentran comprometidos en el derecho a la identidad de las personas.

II.- Si bien en autos existe prueba que abona el indicio contrario a la postura

del demandado, por lo que él se corrobora con las constancias de la causa, conforme se indica en el voto que antecede, entiendo pertinente aclarar que adhiero a la opinión de quienes postulan que el indicio en contra del renuente constituye una presunción idónea por sí sola para el progreso de la demanda, a menos que resulte desvirtuada por prueba en contrario (por ejemplo, esterilidad absoluta, alejamiento físico de los posibles padres en la época de la concepción).

Conforme lo postulan Cecilia Grosman y Carlos Arianna (“Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, LL 1992-B, pág. 1.193), la actitud renuente del demandado produce una inversión de la carga de la prueba, asimilándose la hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan: “Frente al riesgo de que la conducta negativa del demandado convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, debe valorarse la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica como un reconocimiento de los hechos aducidos en la demanda, salvo prueba en contrario, aún cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada”.

Es que, como lo afirma Marisa Herrera, con cita de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, no es razonable suponer que quién de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo; sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirig. por Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. III, pág. 603).

Con la aclaración antedicha, que no importa disidencia porque como ya lo he señalado existe en autos prueba corroborante, adhiero al voto de mi colega de Sala.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 282/290 en todas sus partes, con costas a la demandada vencida.

II.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ...z –por la actora- y ... –por el demandado- en el 30% de los estipendios determinados en la primera instancia (art. artículo 15, ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA