000072/2024

Comodoro Rivadavia, diecinueve de marzo de 2024.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"C., A. E. c/ SUCESORES DE M. O. D. R. s/ ACCION DE FILIACION Y PETICION DE HERENCIA" Expte. N° 72/2024** venidos del Juzgado de Ejecución N° 1 (Expte. Nro. 2005/2022), por haber interpuesto la demandada recurso de reposición con apelación en subsidio (ID 1318555) contra la providencia fechada el 27/11/2023 que en su parte pertinente ordena que la producción de la prueba pericial de tipificación del ácido desoxirribonucleico (ADN) sea realizada por el Cuerpo Médico Forense sobre las muestras salivales del actor y los Sres. N. J. y N. K. D. R. –demandados- mediante técnica de hisopado.

I. Se agravia porque se ordena que la prueba biológica de ADN se realice sobre las partes y no entre el actor, su madre y quien en vida fuera su padre, tal como fue solicitado por ambas partes.

Sostiene que tanto el actor como ellos pidieron la prueba pericial genética pero solicitaron la exhumación del cuerpo de su padre con la intervención de la madre biológica -Sra. C. Z.- y el actor; toda vez que cuando la prueba se realiza sobre quienes serían supuestamente medios hermanos, no tiene un altísimo grado de certeza sino más bien, muy bajo. Añade que la prueba genética entre medios hermanos resulta poco concluyente, siendo el porcentaje de probabilidad entre hermanos entre un 70% u 80%, que se ve disminuido si se trata de medios hermanos, quienes tienen generalmente un 25% de su ADN en común. Expresa que la prueba genética tal como fue ordenada daría un porcentaje de probabilidad de

parentesco muy bajo dejando un gran margen de incertidumbre, por lo que se solicitaron la exhumación del cadáver de su padre y la extracción de material para la realización del estudio de ADN; la que además sería más precisa y certera si se realiza sobre el actor, su madre y el difunto.

Asegura que por ser la prueba genética fundamental para la resolución del presente juicio, la exhumación del cadáver solicitada por ambas partes debe hacerse en primer lugar. Concluye que el Código es claro la prueba debe realizarse entre el presunto hijo y el padre, y ante la imposibilidad de realizar sobre éste último por fallecimiento, como en el caso de autos; sobre los progenitores de éste último, y si también es imposible por haber fallecido, corresponde exhumar el cadáver.

Corrido traslado, contesta el actor (ID 1386661), solicita se desestimen los agravios con costas. Entiende que lo decidido por el juez no es una negación a exhumar el cadáver sino que el criterio probatorio sería el camino gradual para lograr que el resultado sea concluyente y arrimar mayor certeza resguardando los restos mortales del Sr. D. R.. Solicita que oportunamente ordene la exhumación solicitada a los fines de producir la prueba de ADN y obtener un resultado que le indique certeramente y de manera rigurosa el grado de parentesco entre el actor y su progenitor y en su caso, prueba genética con su progenitora.

II. En términos generales, no caben dudas de la relevancia del derecho a la identidad, que funda la pretensión intentada; tratándose de una de las prerrogativas basales del ser humano; pues su origen biológico conforma para el sujeto una parte esencial en

su identidad personal, y se sustenta como fundamento axiológico en la dignidad del ser humano. Se lo reconoce como un derecho personalísimo merecedor del amparo de la tutela jurídica; y no solo es reconocido en el derecho interno sino también tiene sustento normativo en nuestro orden jurídico constitucional e internacional (art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 75 incs. 22 y 23 Constitución Nacional).

En función de ello, la realización de pruebas biológicas con la finalidad de determinar la identidad de una persona ha dado lugar a encendidos debates, puesto que el derecho a la identidad personal entra en colisión con otros derechos propios de la persona a quien se debe extraer las muestras, tales como el derecho a la intimidad y el derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente se han inclinado por privilegiar el primero de dichos derechos.

Siempre en el marco de esta temática, una situación especial se presenta cuando una persona a quien debe extraerse la muestra genética –el padre presunto- se encuentra fallecida, supuesto en el cual el derecho a la identidad del hijo presunto se puede contraponer con el interés de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto.

El art. 579 del Código Civil y Comercial, prescribe 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. 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; debe priorizarse a los más próximos….” Y también en su art. 580 dice: “Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.”

En virtud de la normativa citada en primer término, el Código ha ampliado la posibilidad de aportar cualquier tipo de prueba genética en casos de filiación, para determinar así el estado de hijo, incorporándose en el texto legal, la posibilidad de recurrir a otros parientes que permitan obtener algún grado de certeza en la prueba genética.

En relación a la realización de la prueba genética sobre cadáveres, el artículo 580 vino a resolver una discusión doctrinaria y jurisprudencial planteada con base en la tensión existente entre derechos constitucionalmente garantizados: el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, la memoria y el honor de una persona fallecida, en beneficio del primero.

En virtud de ello cabe colegir que la ventaja que presenta esta norma viene de la mano de la consideración de que no es lo mismo exhumar un cadáver de un miembro de un grupo familiar que atribuye un especial significado a la muerte, que el de quienes no tienen interés en ello y, por tal motivo, no los afecta el proceso de exhumación, como podría sí afectarlos el prestarse a exámenes genéticos.

El problema entonces, queda zanjado al destacarse que en realidad debe adherirse a la postura alternativa y no a la secuencia –examen/exhumación- de disposiciones jurisdiccionales.

Para ello el juez habrá de estarse, al caso concreto para definir si opta por una u otra, respetando siempre los valores en juego pero, primordialmente el derecho del hijo a su identidad biológica.

De lo que se trata entonces es de desentrañar la realidad biológica, para hacer efectivo el derecho a la identidad, protegido legal y constitucionalmente.

Ahora bien, el devenir de las actuaciones en el caso de marras, se erige como patente que la situación planteada en autos, no pudo seguir por los carriles comunes a este tipo de trámite –art. 580-; por carecerse del material ADN de aquellas personas que arrojan según la ciencia y la norma, la certeza al respecto (ascendientes).

Es cierto que no obstante ello, se contaría con los parientes en segundo grado –los supuestos hermanos- y que la ley 23.511 le otorgó a la prueba biológica (ADN) el carácter de ineludible, a la par de crearse el Banco Nacional de Datos Genéticos; empero más allá de que se podría realizar el cotejo con ellos, se advierte que otros estudios podrían aportar la precisión más exacta, como lo han manifestado ambas partes.

No hay mayor grado de certeza fehaciente que la prueba de ADN desde el propio cuerpo del presunto ascendiente.

Como ya hemos señalado, queda a criterio del juez determinar el curso de acción más adecuado “según las

circunstancias del caso” (art. 580 último párrafo del C.C.C.).

Sabido es lo engorroso y costoso en tiempo y dinero de una exhumación cadavérica (costo de apertura y sellado de cajón, ubicación de un médico legista, honorarios del mismo, control de la exhumación tanto por personal del Juzgado, como por las partes, etc.) si la comparamos con la simple extracción de una muestra sanguínea a realizarse por ante el Cuerpo Médico Forense.

Pero no podemos soslayar que tanto los demandados como en subsidio el actor, solicitaron que la prueba se realice sobre las muestras cadavéricas de quien en vida fuera M. O. Dos R., a fin de obtener el mayor grado de certeza, evitar un alongamiento innecesario del proceso y en definitiva, la adición de un mayor costo en dinero

Ergo, lo relevante es discernir si dadas las circunstancias del caso, la prueba biológica debe realizarse sobre la base de restos cadavéricos del alegado padre o, en cambio, de muestras hemáticas de sus familiares.

Y ante ello nos preguntamos ¿qué sucedería si la prueba de ADN entre el actor y los demandados resultara negativa?, el actor como ya lo ha expresado solicitaría la exhumación del cadáver. Vislumbramos entonces que en el caso concreto, estando todas las partes de acuerdo, debiera ordenarse la realización de la prueba con las muestras corpóreas del fallecido, optar directamente por esta última alternativa, satisface mejor el principio de economía procesal, pone fin a un estado de incertidumbre y logra concretar la verdad objetiva en su identidad biológica.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte demandada (ID 1318555), revocar en su parte pertinente la providencia fechada el 27/11/2023 y en consecuencia disponer que en la instancia de grado se provea que la prueba biológica se realice sobre la base de restos cadavéricos del alegado padre fallecido.

III. Atento como se resuelve la cuestión, las costas de ésta instancia se imponen en por su orden (art. 69 del C.Pr.).

Los honorarios se regulan teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, labor desarrollada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 8, 9, 13, 32 y cc ley XIII N° 4 modif. N° 15).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial N° II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte demandada (ID 1318555), revocar en su parte pertinente la providencia fechada el 27/11/2023 y en consecuencia disponer que en la instancia de grado se provea que la prueba biológica se realice sobre la base de restos cadavéricos del alegado padre fallecido.

2) Imponer las costas de ésta instancia por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales de las Dras. L. D. J. de M., A. C. R. y R. R., conjuntamente, en la suma de pesos equivalente a DIEZ (10) JUS y los de la Dra. C. N. G. en la suma de pesos equivalente a

OCHO (8) JUS, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de cámara por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. M. Horacio Pis Diez y existir concordancia en la solución del caso.

REGISTRADA BAJO EL Nro. 99 DEL AÑO 2024

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIA