

Prueba de exclusión o presunción de paternidad

Gladys S. Álvarez y Carlos G. Gregorio

Publicado en: *La Ley* 1992-E, 252—255

Fallo comentado: *G., M. G. c. M., M. A.*, Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I 27 de diciembre de 1991

El fallo de la sala I de la Cámara Primera de Apelación Civil y Comercial del Departamento Judicial Bahía Blanca recaído en el caso "*G., M.G. c. M., M.A s/ filiación*" que hoy comentamos, permite reflexionar sobre una serie de circunstancias relativas a las pruebas y presunciones de paternidad de diferentes características.

En primer lugar la negativa a someterse al examen médico para la determinación de la paternidad plantea algunos problemas. Uno de ellos de trascendente importancia se resume en la siguiente pregunta: ¿Cabe ejercer compulsión física sobre la parte que se niega a someterse a una prueba que presupone ejercer cierta violencia sobre el cuerpo? Para una adecuada respuesta es necesario explicitar las garantías constitucionales en juego y establecer entre ellos un orden de preferencia de valores, ya que, como ineludiblemente sucede, la elección de uno implica el desplazamiento de otros. Importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y copiosa doctrina se ha elaborado al respecto y su lectura permite extraer las tendencias prevalecientes (1). En una reciente publicación, Cecilia P. Grosman y Carlos Arianna(2) analizan el tema exhaustivamente y proponen lúcidas soluciones de *lege ferenda*. No nos ocuparemos aquí de este tema.

El caso que motiva el fallo que comentamos puede enmarcarse en la clase de aquellos en los que hay otros elementos de prueba de la filiación y la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios robustece la prueba ya existente. Así surge de los considerandos de la sentencia, donde se valida la conclusión de la *a quo* que tuvo por probada la vinculación de concubinato durante el período en el que queda comprendido el de probable concepción del niño. A ello se suma la negativa del imputado a someterse a los análisis y la ausencia total de prueba en contra de su parte. La solución jurídica dada por el tribunal es la que cabía esperar, racionalmente se impone.

El marco normativo en el que fue subsumido el caso que comentamos está dado por los arts. 76 y 77, 275 del Cód. Civil, y art. 4° de la ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (3). En la última disposición citada especialmente se dice que "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente". En el caso también resulta de aplicación el art. 163, inc. 5° del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que permite la valoración de la conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción corroborante de las pruebas producidas (4).

En el artículo de Grosman y Arianna citado, el caso que comentamos se subsume en los clasificados como clase B) ya que la clase A) está constituida por los casos en que el único elemento de juicio es la negativa del demandado y la C) por la de aquéllos en los que en el juicio de filiación hay elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico. Cada clase merece un análisis propio. Remitimos al lector a esa publicación.

En el segundo punto del fallo, el tribunal partiendo de la afirmación de que es posible arribar a "conclusiones prácticamente definitivas tanto respecto a la determinación como a la exclusión de la paternidad" concluye diciendo que el sometimiento a las pruebas viene a constituir para el demandado, no sólo un imperativo ético y legal —en cuanto le compete colaborar con lealtad al juzgador—sino y aún más, una carga ineludible de su propio interés. La primera parte de este razonamiento merece un comentario al respecto.

Las pruebas biológicas de paternidad son una forma de las llamadas pruebas estadísticas, según las cuáles es posible calcular cuál es la probabilidad de que el padre alegado sea el padre biológico(5). Una prueba tal puede concluir en que esta probabilidad cero y entonces es imposible una relación de paternidad entre las partes. En esta alternativa se puede afirmar que ha habido prueba de exclusión. Es una prueba cierta y no una prueba estadística.

Los exámenes biológicos conocidos como HLA (*Human Lymphocyte Antigen*), el DNA o antiguamente el de los grupos sanguíneos permiten estimar —no calcular—cuál sería la probabilidad de paternidad. Si no ha resultado la exclusión, la probabilidad de paternidad puede entenderse como afirmar: 1) es "posible" biológicamente que el padre alegado sea el padre biológico y 2) el conjunto de los posibles padres —que contiene al padre alegado—a posteriori del examen médico se ha reducido significativamente en número. Puede verse que esta prueba estadística aún no ha podido excluir a otros eventuales posibles padres. Si bien los exámenes más utilizados para determinar la filiación son los de H.L.A. el estudio del polimorfismo del ácido desoxirribonucleico (ADN) permitiría lograr una precisión muchísimo mayor(6). Sin embargo se debe tener presente que no puede hablarse de prueba cierta, por citar un ejemplo extremo si el padre alegado tuviera un hermano gemelo los ensayos biológicos por sí solos carecerían de valor probatorio.

Así resulta que el problema es cuán pequeño debe ser el conjunto de posibles padres, o en otras palabras cuán cercana a uno (o a 100 %) debe ser la probabilidad de paternidad para que se "detone" el mecanismo de presunción que concluirá con la declaración judicial de paternidad.

El tema marca una laguna normativa en nuestra legislación, pues la citada presunción es deducida —en algunos casos inconscientemente—por los jueces basándose en dictámenes de expertos que generalmente no concluyen sobre cuán nivel de probabilidad de paternidad es suficiente. El investigador alemán Hummel ha sugerido la escala:

| | |
|---------------------------|------------------------------------|
| probabilidad 0.83 o menor | no significativa |
| probabilidad .83a .91 | incertidumbre |
| probabilidad .92 a .95 | paternidad probable |
| probabilidad .96 a .99 | paternidad muy probable |
| probabilidad .99 a .995 | paternidad extremadamente probable |
| probabilidad sobre .995 | paternidad prácticamente probada |

En la determinación del umbral de decisión un importante precedente es el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso "*D., N.N. c. E.J.*" (JA, 1987-IV-382; 1988-II-195, DJ, 1988-1-369 y

Fallos 1/9/87) donde en relación con el estudio realizado del H.L.A. se afirma "...pues aun cuando hubieran mediado anomalías cromosómicas, la probabilidad de que el demandado fuese padre biológico seguía siendo muy alta (99, 19 %) y no se ha explicado razonablemente cómo, en tales circunstancias, se pudo dar mayor crédito a otros peritajes que brindan menor grado de certeza". De esta forma la Corte Suprema de Justicia estaría diciendo que su umbral es inferior a 99, 19 pero queda aún librado a la discrecionalidad de cada juez el determinar su propio umbral o sea cuál es el límite a partir del cual el valor estimado de la probabilidad de paternidad produce la presunción de paternidad.

La incertidumbre está siempre presente en la prueba judicial que sólo pretende una certeza moral o verdad formal. Recientemente ha interesado distinguir entre diferentes tipos de incertidumbre, entre estas clasificaciones se ha analizado un nuevo tipo denominado falta de especificidad. El término ha sido utilizado para indicar situaciones en las cuales la información provista es demasiado amplia o granular para el propósito deseado. Por ejemplo la falta de especificidad en la información probabilística que afirma que el padre alegado pertenece al conjunto de los posibles padres —que puede englobar miles de personas—cuando se desea establecer si es o no el padre biológico. Precisamente esta falta de especificidad de la prueba estadística es la que ha llevado a algunos legisladores a introducirla en sus sistemas normativos sólo como el antecedente de una presunción. Esta idea ha sido recogida por varias de las legislaciones estatales sobre filiación en los Estados Unidos de Norteamérica. Por ejemplo la legislación de Maine dice "...Si los expertos concluyen que los ensayos con sangre o tejidos muestran que el padre alegado no puede ser excluido y que la probabilidad de paternidad del padre alegado es 97 % o mayor, se presume que el padre alegado es el padre... Un padre alegado puede refutar la presunción de paternidad... por medio de una prueba clara y convincente" (19 Maine Rev. Stat. Ann. 280) (7). Esta normativa produce una inversión en el *onus probandi* que habilita la refutación, en este caso con un standard de certeza mayor al requerido habitualmente en los casos civiles, esto es con una prueba clara y convincente.

NOTAS

(1) Corte Suprema, noviembre 13-990, *La Ley*, 1991-B, 470, comentado por MAZZINGHI, ídem. comentado por BIDART CAMPOS, en ED, 141-263/284; ver BOSSERT y ZANNONI, "*Régimen legal de filiación y patria potestad*", p. 105, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.

(2) *La Ley*, 1992-B, 1193.

(3) Adla, XLVII-B, 1529.

(4) GROSSMAN y ARIANNA, *ob. cit.* en nota 2.

(5) Un estudio profundo ha sido realizado por VERRUNO, Luis y HAAS, Emilio J. C., en "*Manual para la investigación de la filiación*", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.

(6) Ver LEONARDI, Danilo A., "El ADN puede colaborar con la administración de justicia", en *La Ley*, 1990-A, 934/949.

(7) Ver KAYE, David A., "Presumption, probability and paternity", ps. 323/349, 30 *Jurimetrics Journal* (1990).