



EL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 23.511.

Autor: Dra. Martha B. Gómez Alsina.
Profesora de Derecho de Familia, USAL.
Titular del Juzgado de Primera instancia en lo Civil N° 102

En los procesos de reclamación de estado, cuando el presunto padre desconoce el nexo biológico que se le atribuye, puede suscitarse que se oponga a la prueba biológica prevista en la ley 23.511 y plantee su inconstitucionalidad, que se extiende a la presunción en contra del renuente contenida en la citada norma legal.

Son varios los argumentos que se esgrimen en sustento de esta pretensión. Es común que se alegue que la producción de la prueba genética a realizarse en la persona del demandado, lesionaría el derecho de éste a disponer de su propio cuerpo. Se alude además que la realización de la prueba en cuestión se equipararía a la autoincriminación o declaración contra sí mismo que veda la Constitución Nacional en su artículo 18. También se ataca el apercebimiento contenido en esta normativa para el caso de negativa a someterse a los estudios, por entender que la presunción en contra que consagra, es violatoria de sus derechos.

Lo atinente a la compulsividad o no de esta prueba ha sido debatido en la doctrina y jurisprudencia, que en su evolución ha quedado hoy circunscripta, para el sector que admite la compulsividad solo al ámbito de la justicia penal. Ello por cuanto se ha entendido que allí están en juego los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen y que la negativa a la extracción de sangre no se dirigía al respeto del derecho a disponer del propio cuerpo sino a obstaculizar una investigación criminal

en la que ellos (los que se oponían a la pruebas) resultaban imputados (conf. C.S. diciembre 27 de 1996, "Guarino, Mirta Liliana s/Querella, Fallos 319:3375, consid. 6º).

También se ha dicho, con motivo de la extracción de las muestras de sangre, que el estudio genético no constituye una práctica humillante o degradante, ya que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, ocasiona una perturbación ínfima (C.S. Diciembre 4 de 1995, Causa N° 11197/90 Fallos, 318:2526 consid. 11/11vta).

En el ámbito civil y concretamente, acerca de las previsiones de la ley 23.511, entiendo que el sometimiento a la prueba no es obligatorio ni constituye una obligación de hacer. Surge del texto de su artículo cuarto, última parte de su primer párrafo, que el ordenamiento jurídico no admite la obligatoriedad de estas pruebas ya que establece que la negativa a someterse a los exámenes constituye indicio en contrario a la posición sustentada por el renuente (conf. Mazzinghi, Jorge A, "Renuncia paterna a la prueba hematológica" ED 159 181; Podest A.I. Saenz, M.J., "Algo más sobre el derecho a la identidad ", LL 1995 A 377). Se ha señalado, en concordancia, que la prueba legalmente no se impone como deber y que tal directiva legal elimina la obligatoriedad del análisis (conf. CNCiv. Sala F, marzo 7 de 1989, LL 1989 E 112; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, "NN Recurso directo", mayo 4 de 2000, citado por M.L. Mizrahi en "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen" diario E.D. 13/2/2004).

De allí que cabe analizar en cada caso concreto si se produjo o no compulsivamente la prueba biológica, si alguna ingerencia se verificó en la persona del presunto padre, o si se lo ha perturbado de alguna manera en su derecho a la libre disposición de su cuerpo. También habrá que precisar si tuvo lugar la autoincriminación que se invoca. En la generalidad de los supuestos, se llega a la conclusión negativa, ya que el demandado no ha comparecido a las citaciones del laboratorio para la extracción de sangre y no se lo ha sometido a compulsión alguna.

Por lo demás, es de advertir que frente al derecho de disponer del propio cuerpo o la prohibición de declarar contra sí mismo, que como se señaló no han sido lesionados, se alza del derecho a la identidad, previsto en la Convención Americana o Pacto de Juan José de Costa Rica (art. 18 y ss.), la Convención de los Derechos del Niño (arts., 7,8 y ccs.,) de rango constitucional de conformidad con lo dispuesto por el art., 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, como asimismo, integra uno de los derechos implícitos del art., 33 de nuestra Constitución. La identidad, equivale al derecho de la persona a conocer sus orígenes y adquirir o gozar de un estado de familia coincidente con el nexo biológico que lo une con su padre. Es el juez quien tiene el deber de resguardar estas normas constitucionales y hacerlas prevalecer, en cada caso concreto (art., 31 de la C.N.).

Tampoco la presunción legal del artículo 4º de la citada ley 23.511 vulnera los derechos constitucionales del demandado. En efecto, si como el sostiene, no es el padre de la actora, no encuentro mejor comprobación de sus dichos, que el resultado de la prueba genética de tan alto grado de precisión científica.-

A mi entender, al establecer la referida presunción en contra del renuente, la ley recurre a la creación doctrinaria de las cargas probatorias dinámicas, que precisamente contienen la presunción en contra de quien no utiliza la prueba que está a su disposición o la que se encuentra más a su alcance para dirimir la cuestión.

Es que si bien el art., 377 del Código Procesal, como principio general, pone a cargo de la parte que afirma la producción de un hecho controvertido la carga de su acreditación, ello de ningún modo importa que la contraria se desentienda de la prueba, limitándose a negar, como con frecuencia ocurre. Más aún que, en estos casos, no puede producirse la prueba hematológica sin la colaboración del accionado. Al respecto Morello ha señalado, al analizar la que se dio en llamar "la carga probatoria dinámica" o el deber de "cooperación," que ello hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga ("La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva", en "Las responsabilidades profesionales, p. 15, Ed Platense, La Plata, 1992; Compagnucci de Caso, R., "Responsabilidad de los médicos", en la ob.cit., p. 398; id., La Ley 1995 D 549; C.N.Civ. Sala E, octubre 199 de 1998, autos "Vilas, Guillermo c/ Editorial Perfil S.A., voto del Dr. Dupuis ; idem CSJN, 10 de diciembre de 1997, autos "Pinheiro, Ana Maria y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario" Fallos 320:2715/23, cons. 19).

Ante ello, llego a la convicción de que el planteo de inconstitucionalidad, así como quedó planteado, no puede prosperar.

Despejada la cuestión previa -atinente a la inconstitucionalidad de la ley 23.511- la negativa al examen biológico y ausencia de prueba que desvirtúa la presunción legal, hacen que ésta adquiera todo su vigor y permita inferir la compatibilidad sanguínea del hijo con su presunto padre (CNCiv. Sala G, 7/9/95 y sus citas, L.170.457; idem idem, 11/12/2003, autos "M.M.V. y otro c/C.A.J." LL del 23/9/2004, fallo 44.211; C.S.J.N. ED del 25/4/97, Fallo 47.851; CNC. Sala F, LL 1998-C-62; en idéntico sentido el Tribunal Constitucional Español, Sala I, ED 157-258).-