

Causa N° 51.055 "D., R. V. c/ Sucesores de D., P. V. M. y otro s/ Acción de impugnación y de reclamación de filiación extramatrimonial". Juzg. Civ. y Com. N° 2 - Azul. Reg.196.... Int. Azul, 14 de Junio de 2007.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

I) Llegan los autos a esta instancia con motivo de los recursos de apelación interpuestos a fs. 488 y 490 por el hijo y la cónyuge supérstite del padre alegado -respectivamente- contra la resolución de fs. 482/485, la cual dispuso la exhumación del cadáver de don J. C. C., a fin de llevar a cabo los estudios de ADN propuestos por la actora. Los agravios fueron expresados a fs. 498/501 y 492/496, y contestados por la apelada a fs. 503/509.

II) Una primera cuestión a considerar es si la resolución mencionada es susceptible de ser atacada mediante recurso de apelación, posibilidad ésta a que *a priori* parecería estar vedada por el art. 377 del C.P.C.C. Este aspecto, relacionado con el análisis de admisibilidad del recurso, no pasó inadvertido en la instancia de origen, ya que al momento de concederse la apelación se aclaró que se procedería de tal modo "(s)in perjuicio de la regla de la inapelabilidad prevista en el art. 377 del C.P.C.C.".

No obstante la amplitud de los términos en los que está redactada la norma citada, la doctrina y la jurisprudencia han ido delineando diversos supuestos en los cuales cede el principio de la inapelabilidad (Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", T. 1, pág. 378 y sig.; esta Sala, causas n° 47.215, "Laboratto...", del 13.04.04; causa n° 50.565, "Ravioli...", del 13.02.07., entre otras). En el caso de autos, la medida apelada importa hacer efectiva la exhumación de un cadáver con la finalidad de producir una prueba de ADN. Así las cosas, si bien la existencia de las personas físicas se extingue con su muerte natural (art. 103 del Cód. Civil), lo cierto es que **la resolución en crisis versa sobre derechos personalísimos**, ya que el interés de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto participa de tal naturaleza (Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A. "Prueba del A.D.N.", pág. 200 y sig.; Cifuentes, Santos "Derechos personalísimos", pág. 403 y sig.). Lo expuesto conlleva a juzgar conveniente, por las

singularidades del caso, la admisión del recurso de apelación, compartiéndose de este modo el criterio amplio sustentado en la anterior instancia.

III.1.) Adentrándonos en el fondo de la cuestión, la realización de pruebas biológicas con la finalidad de determinar la identidad de una persona ha dado lugar a encendidos debates, puesto que el ya referido **derecho a la identidad personal** entra en colisión con otros derechos propios de la persona a quien se le debe extraer las muestras, tales como el **derecho a la intimidad** (art. 1071 del Código Civil), el **derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo** y el **derecho constitucional a no declarar contra uno mismo** (art. 18 de la C.N.). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por privilegiar el primero de dichos derechos, tendencia ésta que se ha visto robustecida a partir de la reforma constitucional de 1994, en que se confirmó jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo articulado se asegura el derecho a la identidad del menor (arts. 7 y 8). Tampoco puede dejar de mencionarse que el art. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que todas las personas en la provincia gozan del derecho a "conocer la identidad de origen" (inciso 2do.). Todas estas consideraciones han llevado a no reputar inconstitucional la presunción de paternidad que se deriva del no sometimiento del padre presunto a las pruebas biológicas, emanante del art. 4º de la ley 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos (Azpiri, Jorge O., "Juicios de filiación y patria potestad", pág. 139 y ss., y profusa jurisprudencia allí citada; Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A. "Prueba del A.D.N.", pág. 191 y sig.; S.C.B.A., "S., A.M. c/ A., H.M.", Ac. 68.053, del 7/7/1998, La Ley Bs. As., 1998, ps. 957 y ss.; Gherzi, C. A. (director) - Yapur de Cheli, M. F. - Ceriani, Patricia P. - Sierra, Andrés, "Prueba de A.D.N. - Genoma Humano, pág. 70 y ss.).

III.2.) Siempre en el marco de esta temática, una situación especial se presenta cuando la 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 contrapone con el **interés de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto**. Como bien se ha sintentizado, "(e)n la confrontación se ha considerado que si bien el interés de los familiares se traduce en el derecho personalísimo a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto, tal derecho no sufre mengua ni avasallamiento en razón de que se

disponga obtener muestras del cadáver para posibilitar la realización de la prueba de tipificación del A.D.N. En todo caso, si sufre la limitación que impone la necesidad de exhumar el cadáver, ello es así porque el interés del actor en el juicio de reclamación de la filiación se basa en el derecho de preservar su identidad, que es de jerarquía constitucional" (Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A. "Prueba del A.D.N.", pág. 200 y doctrina y jurisprudencia allí recogidas: CNCiv., Sala A, 28/2/94, L.L., 1995-A-378; Juzg. 1ª Inst. Azul, firme, 24/10/94, E.D., 163-20, también publicado en L.L. Bs. As., 1985, pág. 384; CNCiv., Sala A, 28/0294, "Z., R.C. c/ A., A. s/ suc.", L.L., t. 1995-A, pág. 377 y sig., con comentario de Andrea I. Podestá y M. J. Saenz, "Algo más sobre el derecho a la identidad", Bosch, Alejandro F. (h), "Prueba genética póstuma", L.L., T. 2004-C, pág. 1.328; Rivera, Julio C. y Córdoba, C. D., "Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes", E.D., t. 158, pág. 462).

La primacía que corresponde otorgar a la realidad biológica, frente a la contraposición de los derechos y valores jurídicos aquí disputados, fue ya reconocida, hace tiempo, en el precedente de Primera Instancia de esta jurisdicción -citado en el fallo impugnado- y suscripto, por entonces, por uno de los jueces integrantes de este Tribunal, en el que se decidió que "la tutela del derecho de los herederos del causante a velar por el descanso sus restos mortales, debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y el derecho a la identidad personal del actor, máxime cuando el derecho del niño a conocer a sus padres y el de preservar su identidad, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene jerarquía constitucional, por lo que del examen del conflicto de derechos subjetivos en pugna corresponde admitir la pretensión y ordenar la exhumación del cadáver" (Juzg. Civ. y Com. N° 1 Azul, 24/10/1994, "S. M. R. c. D. de M., A. y otros", LLBA, 1995, 384, ED 163, 20).

III.3.) Por último, la situación antes referida adquiere matices aún más particulares **cuando el fallecimiento se produce durante el transcurso del proceso**, máxime si ya se había arribado a la instancia de extracción de las muestras biológicas encontrándose el demandado con vida, y éste había expresado su oposición a prestarse a la prueba genética. **El interrogante que se plantea en este caso es si la negativa expresada en vida subsiste después del deceso**, posición ésta que es sustentada por los recurrentes en las apelaciones en tratamiento.

Las respuestas que se han brindado

a esta cuestión no son uniformes.

Por un lado, se registra un precedente fallado por la Cámara de Apelaciones de San Nicolás, donde se contestó tal interrogante de manera negativa, resolviéndose, en consecuencia, que resultaba procedente la exhumación del cadáver a los fines de la extracción de las muestras genéticas (Cám. 1ª Civ. y Com. de San Nicolás, 31/3/92, "C.,E.I. v. M., L.", J.A., 1992-II, pág. 400 y sig.). El argumento medular sustentado en tal fallo fue que "el ejercicio de los derechos personales que legítimamente pudo oponer el padre presunto a la ejecución de la pericia, vinculados con la libertad e inviolabilidad de su persona, desaparecieron con él, pues son caracteres intrínsecos de tales derechos extrapatrimoniales el de ser vitalicios e intransferibles (C.C., arts. 103, 2312 y 3279)", lo que llevó al tribunal a concluir que tras el fallecimiento del demandado su negativa se tornó irrelevante.

El aludido pronunciamiento fue comentado por Francisco A. Ferrer ("Pericia genética y fallecimiento del demandado en acciones de filiación", en Revista JS, Jurisprudencia Santafesina, N° 1, julio de 1993, p. 13 y siguientes) y M. J. Méndez Costa ("La prueba genética de la filiación ante la muerte del demandado", L.L., t. 1995-B, pág. 261 y ss.), quienes no compartieron los fundamentos esgrimidos ni la solución arribada. En lo sustancial, señaló Méndez Costa que "(e)l derecho a disponer del 'propio' cadáver es también un derecho personalísimo y, por hipótesis, la disposición está destinada a producir efectos después de la muerte". Luego la autora retoma la cuestión, esta vez transcribiendo las ideas de Ferrer, para señalar que "(e)sta declaración de voluntad (...), implica no sólo negarse expresamente a que esa prueba se realice sobre el cuerpo vivo del sujeto oponente, sino también significa una negación implícita a que se practique sobre su cuerpo muerto, pues de lo contrario, si fallece y no se reconoce este contenido implícito de la negativa, queda frustrado y sin sentido alguno el derecho mismo de oponerse a la pericia, consagrado por la doctrina y la jurisprudencia".

Es interesante advertir que los argumentos vertidos por Ferrer y Méndez Costa importan agregar un nuevo elemento en esta confrontación de derechos, pues a la ya mencionada colisión entre el **derecho a la identidad del hijo presunto** y el **interés (o derecho personalísimo) de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto**, se suma ahora **el derecho personalísimo a disponer del "propio" cadáver**, el cual, por definición, es actuado en vida, más

está llamado a surtir sus efectos tras el fallecimiento de su titular. En esta misma orientación enseña Rivera que "(l)a persona puede, en vida, adoptar distintas disposiciones sobre el destino a darse a su propio cuerpo una vez muerto. Es entendible que tales disposiciones no pueden estar reñidas con las buenas costumbres, la moral y la ley. Se ha considerado que con respecto al propio cadáver la persona tiene un derecho, de carácter personalísimo, sobre cosa futura, limitado por intereses públicos". Agrega luego que "(c)uando la persona fallecida no ha dejado instrucciones acerca de sus exequias, o el destino a dar a su cadáver, son sus parientes más cercanos quienes deciden acerca de estos extremos..." (Rivera, Julio César "Instituciones del Derecho Privado", T. I, págs. 68/69). Estos conceptos son fielmente recogidos por el art. 116 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, el cual, precisamente, cuenta a Méndez Costa y a Rivera como dos de sus redactores.

Colocados ante estas dos soluciones posibles, este Tribunal entiende que, en atención a los argumentos que a continuación serán vertidos, y **fundamentalmente a algunas particulares circunstancias que rodean al caso**, resulta más justo en el caso concreto adherir a la primera de ellas, lo que conducirá a autorizar la exhumación del cadáver a los fines de la extracción de muestras genéticas, tal como se dispuso en la instancia de origen.

En primer lugar, aún cuando resulte incontrovertible la existencia de un **derecho personalísimo a disponer sobre el 'propio' cadáver** (el cual, conforme ya se dijo, viene a sumarse al derecho personalísimo de los familiares en torno a la disposición del mismo y a la preservación de la memoria del difunto), no ha de perderse de vista que no se identifica con el **derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo**. Los referidos derechos son conceptualmente autónomos, aún cuando integren la misma categoría dentro de la clasificación tripartita de los derechos personalísimos que ha sugerido la doctrina por estar ambos referidos a **esfera física** de la persona (Cifuentes, Santos "Derechos Personalísimos", pág. 229; Rivera, Julio C., "Instituciones del Derecho Privado", T. II, pág. 26). Esa autonomía surge palmaria si se atiende al diverso contenido de ambos derechos, y queda plasmada en el tratamiento que reciben por parte de la doctrina y en los propios proyectos de reforma. En lo que hace a la doctrina, los autores tratan ambos derechos de manera absolutamente autónoma, lo cual obedece, a que el contenido de ambos difiere claramente (vgr. por sólo mencionar las obras antes

citadas, Cifuentes trata sobre el "derecho al cuerpo" en las págs. 287 y ss. y el derecho a la disposición sobre el propio cadáver en las págs. 409 y ss., mientras que Rivera hace lo propio en las págs. 40 y ss. y 67 y ss., respectivamente). Por su parte, el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 regula el derecho a la disposición del propio cuerpo en el art. 110, mientras que aborda la materia relativa a las exequias, incluyendo lo relativo a la disposición sobre el propio cadáver, en el art. 116.

Advertida esta distinción conceptual y de contenido entre ambos derechos personalísimos, resulta dudoso que la oposición a que se produzca la pericia sobre el propio cuerpo importe, tras el fallecimiento de la persona, una negativa implícita respecto a la realización de la pericia sobre el cadáver. Pueden existir toda una serie de motivaciones -culturales, religiosas, o aún convicciones personales- que lleven a que una persona tome distintas determinaciones respecto a su cuerpo vivo o a su cadáver, por lo cual, volviendo sobre lo dicho, es dudoso que, en principio, una manifestación de voluntad pueda extenderse, presuntivamente y sin más, del ámbito de un derecho al otro.

Relacionado con lo anterior, debe destacarse que si bien en el caso de autos el padre alegado se negó expresamente a prestarse para la producción de las pruebas genéticas, lo hizo por entender que tal negativa "resulta una posición ética y jurídicamente congruente con la certeza absoluta de no ser el padre biológico de la actora, que debe jurídicamente respetarse (art. 19 CN)" (fs. 86 vta.). Como puede apreciarse, los reparos opuestos por el demandado en vida sólo encuentran fundamento en la convicción de no revestir la condición de padre biológico, afirmación ésta que lógicamente se contrapone a la posición sustentada por la actora, y de la cual no puede inferirse, la existencia de una motivación directamente vinculada con la intangibilidad de su propio cuerpo o de su cadáver (como servía, vgr., una motivación cultural, religiosa, o una convicción personal).

En otro orden, no escapa a la apreciación de este Tribunal que la exhumación de un cadáver puede generar una perturbación en los sentimientos de los familiares del difunto. Sin embargo, tal medida se realiza en el marco de una prueba científica, con el respeto y seriedad que la misma merece, por lo que lejos está de constituir una profanación sobre los restos del padre alegado. Más aún -reafirmando los conceptos antes vertidos- el **interés de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto** no surge

un menoscabo de orden permanente por la realización de tal diligencia, como sí lo sufriría el **derecho a la identidad** de la hija presunta si por la frustración de dicha prueba no pudiera acceder a la verdad sobre su realidad filiatoria.

Por último, no puede pasarse por alto que en las presentes actuaciones se han acumulado dos acciones, ya que se impugna la paternidad del Sr. P.V.M.D., al tiempo que se reclama el reconocimiento de la calidad de hija respecto al Sr. J.C.C. La prueba genética que se intentó realizar sobre los restos mortales del primero arrojó resultado negativo, por motivos científicos que fueron informados en su momento por la Asesoría Pericial de La Plata (fs. 423 y 450). Por lo demás, el Sr. D. no habría tenido más hijos biológicos sobre quienes pudiera realizarse una pericia genética, y otro tanto ocurre respecto al Sr. J. C. C., ya que su hijo G. adquirió tal condición a través del instituto de la adopción plena (fs. 473/474 y 476). Por lo tanto, la exhumación del cadáver del Sr. C. se convierte así en la única alternativa científicamente viable para arrojar luz sobre la cuestión debatida con un grado cercano a la certeza, no sólo respecto a una filiación sino también a la impugnación de paternidad que es el necesario correlato de aquélla, lo que no hace más que robustecer la necesidad de la adopción de la medida en función de los intereses sociales sobre los que reposa el estado de familia (Rivera, Julio C. y Córdoba, C. D., "Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes", E.D., t. 158, pág. 462).

Todo lo expuesto conlleva a resolver la cuestión traída a conocimiento en el modo ya anticipado, esto es, confirmando la medida dispuesta a fs. 482/485.

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE:**
CONFIRMAR la resolución de fs. 482/485. Con costas por su orden por cuanto los recurrentes pudieron creerse con derecho a peticionar como lo hicieron, en razón de las distintas posturas que existen sobre la materia y la efectiva colisión de derechos en juego (arts. 68, 69 y cc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 del Decr. Ley 8904/77.
REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase. Fdo.:
Dr. Jorge Mario Galdós - Dra. Ana M. De Benedictis. Ante mí:
Dra. M. Fabiana Restivo.-----