

## **LA IDENTIFICACION DE LA PERSONA MEDIANTE PRUEBAS GENETICAS Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS**

"El avance de las ciencias biológicas y el Derecho civil iberoamericano"

Comunicación de los Profesores Luis Moisset de Espanés y Enrique Carlos Banchio  
(Córdoba, República Argentina).

### **I.- Introducción**

Los juristas americanos se han mostrado atentos a los progresos de las ciencias biológicas, y su incidencia en el campo jurídico, actitud que se ha reflejado tanto en los fallos de sus tribunales, como en aportes de la doctrina, en Congresos científicos y en normas legales que han procurado regular el alcance que pueden tener las pruebas genéticas.

En un primer momento la atención se centró en el análisis de los grupos sanguíneos y su mecánica de transmisión hereditaria, por el aporte que estas pruebas podían brindar para determinar los vínculos de filiación. Esa óptica limitada se ha ido ampliando, atendiendo a otras características genéticas que también se transmiten por herencia pero, por lo general, manteniendo el estudio dentro del terreno relativo a la filiación.

Hoy los avances del proyecto Genoma parecen producir una alteración del panorama que no es de carácter cuantitativo, sino cualitativo, pues permiten albergar la esperanza de que en un futuro se logre confeccionar una ficha genética completa que sirva para identificar a su titular, diferenciándolo de cualquier otra persona, lo que proyecta la incidencia jurídica de la genética en campos mucho más amplios que el de la filiación.

En alguna oportunidad hemos dicho que "uno de los factores preponderantes del progreso humano, es el afán del hombre de llegar al conocimiento de la verdad. Y aunque el estudio de las ciencias aparece parcelado en distintas disciplinas, los descubrimientos realizados en cada una de ellas arroja nueva luz sobre las otras. De este modo, los descubrimientos efectuados en una de las ramas de las ciencias técnicas no sólo se proyectan sobre las otras disciplinas técnicas, sino que también inciden en el campo de las ciencias sociales <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas, T. I, p. 276, Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1962.

Como en el marco reducido de una comunicación resulta imposible seguir paso por paso los aportes que en esta materia se han hecho en cada uno de los países de Hispanoamérica, nos limitaremos a bosquejar algunos hitos de lo sucedido en Argentina, y traer luego a colación la actitud que sobre el punto ha adoptado el legislador al sancionar nuevas leyes en Colombia (ley sobre filiación de 1968), Bolivia y Costa Rica (Códigos de Familia), y en Perú y Paraguay (Códigos civiles de 1984 y 1986, respectivamente).

## II.- Argentina.

### a) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1961).

Hasta esa fecha los aportes más notorios se encontraban en un trabajo del profesor Stratta, de Santa Fe <sup>2</sup>, y algunos fallos jurisprudenciales, en los que se admitía la validez de recurrir a la prueba de los grupos sanguíneos en los juicios de filiación, y el alcance de esa prueba cuyo valor era principalmente excluyente, pues coadyuvaba a demostrar la incompatibilidad genética, pero no resultaba suficiente para probar la existencia del vínculo.

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba convocó al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, para que los catedráticos de la materia estudiaran un amplio temario con miras a la modernización del ya casi centenario Código de Vélez, e incluyó como "Tema 20", el problema de "Las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología".

La comisión encargada de su estudio consideró conveniente distinguir dos problemas, uno vinculado con el análisis de los grupos sanguíneos, y el otro con la inseminación artificial.

Los debates fueron arduos y en ellos predominó cierta actitud de repudio, por razones éticas, del empleo de técnicas de inseminación artificial y prevaleció la idea de que, en ese momento, todavía no era aconsejable proponer normas que las regulasen. En cambio, considerando que los juristas no debemos cerrar los ojos ante los progresos de la ciencia, porque de lo contrario quedamos retrasados y somos derrotados por la realidad <sup>3</sup>, se recomendó "admitir como medio de prueba en los juicios en que se discuta la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos, con la determinación de los efectos que acarreará la negativa de

---

<sup>2</sup>. "Alcance de la prueba hematológica", de Osvaldo J. Stratta, La Ley, 48-176.

<sup>3</sup>. Tercer Congreso..., T. I, p. 293.

quienes debieran someterse a dicho análisis" <sup>4</sup>.

Este Congreso científico fue aún más allá, pues tomó en consideración una ponencia del profesor Moisset de Espanés que consideraba conveniente reformar el Código para permitir al padre que impugnase la legitimidad de los hijos si en el juicio de divorcio se hubiese demostrado el adulterio de la mujer <sup>5</sup>, tomando en consideración precisamente el hecho de que era posible brindar pruebas científicas de valor indubitable, sobre la incompatibilidad genética entre el marido y los presuntos hijos <sup>6</sup>, por estimar que resulta sumamente dañoso que la ley imponga a alguien el que continúe apareciendo "como hijo de una persona que no es su padre y que no puede sentir por él el más mínimo afecto" <sup>7</sup>, y sobre esta base recomendó "establecer, como agregado al artículo 254 del Código Civil, que si la sentencia de divorcio hubiere declarado el adulterio de la mujer, el marido podrá impugnar la paternidad de los hijos de aquélla, hasta dos meses después de la sentencia definitiva, siempre que el adulterio se hubiere producido durante el período de la concepción y salvo que el padre hubiere reconocido al hijo luego de conocido el adulterio de la mujer" <sup>8</sup>.

b) Reformas introducidas al Código por la ley 23.264.

Aunque la Recomendación N° 7 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil ejerció un influjo notorio en la jurisprudencia y en la doctrina, en algunos casos la subsistencia de los viejos textos continuaba erigiendo una valla para admitir en juicio verdades biológicas que la ciencia había ya consagrado.

Es cierto que se solicitaban y ordenaban las pericias biológicas, pero las partes podían dificultarlas e incluso impedir las, pues frente a su negativa a someterse a la extracción de sangre u otros exámenes no se consideraba posible realizar esos análisis coactivamente, por estimar que con ello se atentaría contra la inviolabilidad de la persona. Por otra parte, aunque se hubiese probado la incompatibilidad genética entre los presuntos

---

<sup>4</sup>. Punto I de la Recomendación N° 7, Tercer Congreso..., T. II, p. 773.

<sup>5</sup>. Tercer Congreso..., T. I, p.246.

<sup>6</sup>. En el debate se insistió que la modificación de la norma tenía como base el hecho de que "existen pruebas científicas que pueden demostrar en forma acabada la inexistencia del vínculo" (Moisset de Espanés, Tercer Congreso..., T. I, p. 266.

<sup>7</sup>. Tercer Congreso..., T. I., p. 247, y Cuadernos del Instituto de Derecho Civil "Henocho D. Aguiar", 1959, Boletín N° 2-3-4, p. 37 y 225.

<sup>8</sup>. Punto II, Recomendación N° 7, Tercer Congreso..., T. II, p. 773.

hijo y progenitor, era inadmisibles proponer una acción si se habían vencido los viejos plazos de caducidad, previstos teniendo en mira una realidad distinta, ya que antaño resultaba imposible brindar evidencia científica de tal incompatibilidad, por lo que se justificaba la caducidad de las acciones.

En octubre de 1985, por ley 23.264, se introdujeron importantes modificaciones al derecho de familia entre las cuáles debemos mencionar especialmente el nuevo art. 253 del Código civil, que expresa textualmente:

"En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, **incluso las biológicas**, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte".

La novedad introducida por este artículo consiste en que no se reduce a mencionar la posibilidad de recurrir a **toda clase de pruebas**, sino que menciona expresamente las pruebas biológicas y concede al juez la facultad de decretarlas de oficio.

Luego, al regular las acciones del hijo para un reconocimiento, y afirmar en el artículo 256 que "la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso", establece la posibilidad de destruir esta presunción mediante "**prueba en contrario sobre el nexo biológico**".

Finalmente, al tratar de las acciones de impugnación de estado que puede deducir el marido, el art. 258 expresa que puede valerse de "todo medio de prueba", lo que incluye lógicamente las pruebas genéticas<sup>9</sup>.

c) Banco de Datos Genéticos (ley 23.511).

A mediados de 1987 se creó el Banco Nacional de Datos Genéticos, que tiene como fin "obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación" (art. 1).

Quien lea esta ley advertirá que junto a previsiones de carácter general y permanente, hay otras que se encuentran fuertemente marcadas por las desgraciadas circunstancias por las que atravesó nuestro país, que dejaron como saldo millares de desaparecidos, entre ellos numerosas criaturas. Pero, sin duda, la creación del organismo

---

<sup>9</sup>. Quien desee conocer la doctrina argentina sobre estos puntos puede consultar "Derecho de Familia", de Eduardo A. ZANNONI, T. 2, § 1032 a 1049, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989; "Patria potestad y filiación", de Nora LLOVERAS, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 82 y ss.; y también "Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad", de Cecilia Grosman, en El Derecho, 85-177.

constituye un paso de avanzada para la recopilación de antecedentes genéticos y constituye la base del futuro desarrollo de una actividad que el mundo moderno torna indispensable y se encuentra en plena consonancia con los objetivos perseguidos por el Proyecto Genoma.

Además su artículo 4 establece una presunción en contra de quien se niegue arbitrariamente en un juicio a someterse a los exámenes y análisis necesarios <sup>10</sup>.

Puede advertirse que ya nuestros juristas y legisladores, al hablar de los aportes de la biología, no se reducen a la mención de los grupos sanguíneos, sino que generalizan sus apreciaciones respecto a los "exámenes genéticos" (ver artículo 4, ley 23.511), y entre esos exámenes y datos genéticos a conservar la ley habla expresamente de:

- 1) Investigación del grupo sanguíneo;
- 2) sistema de histocompatibilidad;
- 3) isoenzimas eritrocitarias; y
- 4) proteínas plasmáticas (art. 6).

Por supuesto que esta enumeración es sin perjuicio de otras investigaciones que se puedan disponer, como lo dice expresamente la misma norma, dejando de esta manera abiertas las puertas para admitir los nuevos progresos que señale la investigación científica.

A título meramente ejemplificativo citaré una sentencia de la Cámara 1ª de Familia de la ciudad de Córdoba, dictada el 29 de junio de 1992, en autos "C.C.M., Filiación". El demandado se negó a someterse a los exámenes y pruebas biológicas y la Cámara estimó que la negativa era injustificada, por lo que consideró de aplicación la "presunción legal establecida el último párrafo del art. 4, ley 23.511". Se interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de la provincia, alegando que el término empleado por la ley ("indicio"), no significaba establecer una presunción. Con fecha 19 de abril de 1993, el recurso es denegado, por considerar correcta la interpretación que la Cámara había dado a la citada norma, afirmando en uno de los votos que "si bien es cierto que la ley no establece la obligatoriedad del análisis de sangre, no lo es menos que ante la negativa de una de las partes de someterse a aquella prueba, pueden y deben extraerse conclusiones, porque, sin desconocer el respeto que merece la persona humana, no debe obstaculizarse la labor de la Justicia, cuyo fin primordial es establecer la verdad de los hechos. Así lo ha previsto el legislador al

---

<sup>10</sup>. "Art. 4 (ley 23.511).- Cuando fuere 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 renuente.

Los jueces nacionales requerirán ese examen al Banco Nacional de Datos Genéticos admitiéndose el control de las partes ya la designación de consultores técnicos. El Banco Nacional de Datos Genéticos también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales".

prescribir que la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente" <sup>11</sup>.

Desde el punto de vista científico los avances efectuados en materia genética, al establecer la compatibilidad permite determinar un elevado índice de probabilidad, aunque todavía no se alcance a la certeza absoluta de la existencia del vínculo.

Es misión del jurista valorar y establecer las consecuencias que pueden extraerse de esa compatibilidad, y también de la conducta de aquellos que se niegan a los análisis genéticos. Al hacerlo debe proceder con prudencia, pues cualquier afirmación apresurada puede resultar pronto contradicha por nuevos descubrimientos de la ciencia.

### III.- Colombia.

La ley N° 75, de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es una de las primeras que contiene referencias expresas a las pruebas biológicas, admitiendo en el art. 7 que sean efectuadas a pedido de parte, o por propia iniciativa del juez, mencionando en dicha norma los "grupos y factores sanguíneos", y también los caracteres "patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales **transmisibles**", para concluir disponiendo que la resistencia a someterse a dichas pruebas puede ser apreciada por el juez como un indicio en contra de la parte <sup>12</sup>.

### IV.- Bolivia.

#### a) Anteproyecto de Código de Familia.

En 1962 el gobierno boliviano designó una Comisión encargada de elaborar las bases para la redacción de un Código de familia, cuyas conclusiones se publicaron en la

---

<sup>11</sup>. Voto del Vocal Dr. Luis Moisset de Espanés, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 13 de abril de 1993, "C.C.M. - Filiación".

<sup>12</sup>. "Art. 7 (ley N° 75).- En todos los juicios de investigación de la paternidad o maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará la peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles. que valorará según su fundamentación y pertinencia.

La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.

Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales de la Universidad de Chuquisaca <sup>13</sup>. Posteriormente se encomendó al doctor Hugo Sandoval Saavedra que, ajustándose a esas bases, elaborara un Anteproyecto; cumplida la tarea, el Anteproyecto se publicó en la Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Técnica de Oruro <sup>14</sup>. En su momento elogiamos el trabajo realizado por Sandoval Saavedra no sólo por los méritos extrínsecos, reflejados en la Metodología del Código, sino también porque supo tener en cuenta algo que jamás debe olvidar un legislador: la tradición jurídica de su patria <sup>15</sup>.

En relación con el punto que aquí nos interesa, debemos destacar que el art. 190 del Anteproyecto, al referirse a la hipótesis en que debe brindarse prueba contraria al vínculo de filiación, admite "todos los medios", explicando Sandoval Saavedra en el Informe con que acompañó el Anteproyecto, que "de esa forma se abre paso a la prueba científica en actual proceso de desarrollo" <sup>16</sup>.

También se permitía echar mano de todos los medios de prueba para desconocer la paternidad (art. 193), pero sin admitir el desconocimiento del hijo cuando fue concebido por fecundación artificial de la mujer, ya sea con semen del esposo o de un tercero, si había mediado autorización escrita del marido (art. 193, in fine).

Por último, si se tratase de una contienda judicial en la que se procura probar la paternidad (en las hipótesis de personas que no están unidas entre sí por matrimonio), admitía también el examen médico científico para lograr la exclusión de la paternidad, demostrando que ella es imposible.

Adviértase que no se mencionan expresamente las pruebas biológicas en los textos legales, sino que se recurre a una expresión genérica, que se considera suficientemente abarcativa: "todos los medios que sean aptos" y solamente en el caso de exclusión de paternidad en contiendas entre personas que no están casadas se habla de "examen médico científico".

#### b) Código de Familia de 1976.

El Anteproyecto que hemos reseñado fue convertido en ley, con muy escasas

---

<sup>13</sup>. Sucre (Bolivia), año 1964, N° 27, p. 83.

<sup>14</sup>. Año IX, octubre 1967, tomo I, p. 45-147.

<sup>15</sup>. Ver de MOISSET de ESPANES, Luis: "Notas sobre el Anteproyecto de Código Boliviano de Familia", A.D.C., 1968 - II, p. 449 y ss., en especial punto V, Conclusiones, p. 462.

<sup>16</sup>. Ver trabajo citado en nota anterior, p. 457, texto y nota 30.

modificaciones.

En el Código vigente el art. 184 corresponde al art. 190 del Anteproyecto que hemos reseñado más arriba y el art. 187, al 193 del Anteproyecto.

Finalmente, en los incisos 2º y 3º del art. 209 del vigente Código, al tratar la exclusión de paternidad entre personas que no están casadas, se mantiene la referencia al certificado, examen o procedimiento "médico científico".

La preocupación del legislador boliviano por dejar la puerta abierta a los métodos científicos modernos es merecedora de elogio, pero, a nuestro criterio, en el momento actual esa normativa resulta insuficiente y debería -por lo menos- reglarse el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas que es uno de los problemas más agudos que se plantean en este terreno.

#### V.- Costa Rica.

A lo ya expuesto podemos agregar lo que dispone el art. 98 del Código de Familia de Costa Rica, con la redacción que le dió la ley N° 5895, del 23 de marzo de 1976:

"Art. 98.- En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba".

Alberto Brenes Córdoba, ex magistrado de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, comenta brevemente este dispositivo expresando que "puede emplearse la prueba de grupos sanguíneos u otros marcadores genéticos en los proceso de investigación de paternidad. Aún cuando a la prueba de los grupos sanguíneos la ley le otorga un valor absoluto únicamente para excluir o descartar la paternidad, cuando es evacuada por el organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que la prueba positiva, es decir la que afirma la paternidad, puede ser admitida de consuno con otros elementos probatorios"<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup>. Alberto BRENES CORDOBA: Tratado de las Personas, Vol. II - Derecho de Familia, § 138, p. 123, ed. 8

## VI.- Paraguay.

### a) Código civil.

El nuevo Código civil, que rige a partir del 1º de enero de 1987, sustituye en su vigencia al Código civil argentino, elaborado por el eminente jurista Dalmacio Vélez Sársfield, y que fuera adoptado integralmente por la República del Paraguay en el año 1876.

En relación al tema que ocupa nuestro análisis, debemos señalar que el referido Código, en su Libro Primero, Capítulo XI, Sección III, destinada a regular la acción de filiación, establece -en forma explícita- que en la investigación de la paternidad o maternidad se admitirán "todas las pruebas aptas para probar los hechos"<sup>18</sup>.

**A su turno el artículo 248, que cierra las disposiciones normativas vinculadas con la acción de filiación, reenvía a las disposiciones del "Código del Menor", sancionado por la Ley N° 903 del año 1981.**<sup>19</sup>

### b) Código del Menor.

**El art. 25 del Código del Menor concede a los hijos extramatrimoniales acción para ser reconocidos por sus padres. Cabe señalar que en materia de investigación de la paternidad o maternidad, dicho Código también estatuye que se "admitirán todas las pruebas idóneas" para acreditar los hechos invocados.**

**Puede advertirse que dentro de la amplitud de los medios probatorios admitidos por la legislación paraguaya quedan comprendidos los procedimientos científicos que proporciona la "nueva genética".**

## VII. Perú.

---

Juricentro, 4ª ed., San José, Costa Rica.

Art. 234 Código Civil del Paraguay: "Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos"....

Art. 248 Código Civil del Paraguay: "La patria potestad, la adopción y la tutela se rigen por las disposiciones de la Ley N° 903/81 del Código del Menor".

**El nuevo Código Civil de la República del Perú, en vigencia desde 1984, y que en algunaa oportunidad lo calificáramos como exponente de una nueva concepción iusfilosófica humanista-personalista <sup>20</sup>, contiene referencias normativas que admiten las pruebas biológicas como medio de determinación de la filiación o de identificación de la persona en diversos supuestos legislativos, lo que proyecta la incidencia de la genética en un campo jurídico más amplio que el de la filiación.**

**En el primer aspecto, el código civil peruano establece que "en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica" <sup>21</sup>.**

**En orden a la identificación de las personas, aunque siempre referida a la acción de filiación, admite la prueba de los grupos sanguíneos, en los supuesto de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. En tales casos, cuando fueran varios los autores, la paternidad de uno de ellos será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás copartícipes.**

**Igualmente, si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás involucrados.**

---

Ver de BANCHIO, Enrique Carlos: "El Derecho civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona humana", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)-  
- Año Académico 1992 - Tomo XXX- Vol. 2-pág. 263 y sgts.

Código Civil Perú: art. 413 primer párrafo-..

**Consecuente con dicho criterio legislativo, el Código Peruano somete la obligación alimentaria a las reglas de la solidaridad entre quienes se nieguen a someterse a las referidas pruebas biológicas<sup>22</sup>.**

#### **VIII. Colofón.**

**Dentro de las limitaciones propias de una comunicación se han reseñados los aportes que en materia de aplicación de las ciencias biológicas vienen realizando los juristas de los países de Hispanoamérica, cuyas opiniones doctrinarias -en alguna medida- aparecen receptadas en los textos legislativos examinados.**

**Dicha evolución normativa demuestra que el derecho civil iberoamericano no ha resultado ajeno al avance experimentado por las ciencias biológicas en las últimas décadas, sino que ha cumplido una tarea imaginativa, de naturaleza creadora, apta para dar soluciones acordes con las exigencias de la época.<sup>23</sup>**

---

Código Civil del Perú, art. 413 - in fine-, en concordancia con el art. 402 - inciso 4-.

Ver BANCHIO, Enrique Carlos, en "La dignidad de la persona humana en el Derecho Civil"- Cap. 3: Misión actual del Derecho civil, en "Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba- Tomo II- páginas 22 y sgts.