

## Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos

I. El Superior Tribunal de Entre Ríos ha decidido que la negativa de quienes sostienen ser padres de un menor cuya restitución se les reclama, a que se produzca como medida para mejor proveer la prueba hematológica a los fines de la comprobación de los grupos sanguíneos, constituye un indicio ponderable en contra del derecho invocado por aquéllos (1).

La tesis del fallo mencionado tiene antecedente concordante en la sentencia que resolvió que la negativa a someterse a la pericia médica dispuesta—con la conformidad de ambas partes—, para establecer si existe parecido biológico entre la actora y la demandada, permite que “se deduzca una presunción de la existencia de la filiación alegada, que unida a otras pruebas, lleven la convicción al ánimo del Juez” (2). También se ha proveído que la negativa a la extracción de sangre no autoriza a declarar que de esa actitud “no puede deducirse presunción alguna en su contra” antes de apreciar la prueba en la sentencia, oportunidad en que se determinará lo que corresponda (3).

En sentido opuesto, otro tribunal ha dicho que de tal con-

(1) Sup. Trib. de Entre Ríos, mayo 13/946, “Jurisprudencia de Entre Ríos”, 1946, p. 206.—Cf. Busso, “Código Civil anotado”, t. 2, p. 728. La jurisprudencia uruguaya se pronuncia en el mismo sentido: V. “La Ley”, t. 24, sec. jur. extr., p. 7, y “La Justicia Uruguaya”, t. 6, p. 254.

ALSINA, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, t. 2, p. 362, concuerda con el pronunciamiento anotado, pues formula en general la solución, refiriéndose a los diversos casos en que se ordenan investigaciones en el cuerpo humano.

(2) Cám. Civ. 2a. Cap., febr. 18/938, “Jurisprudencia Argentina”, t. 61, p. 461.

(3) Cám. civ. 1a. cap., dic. 28/938, “La Ley”, t. 13, p. 370.

ducta no emana una presunción favorable, porque la prueba hematológica sólo sirve para excluir la paternidad y no para afirmarla (4).

2. La valoración probatoria de la negativa a someterse a la prueba hematológica es problema que se relaciona con la regla de que nadie está obligado a suministrar prueba a la parte contraria. Así al menos, se ha encarado el asunto cuando se determinó que haber admitido la prueba pericial para confrontar los grupos sanguíneos de quien se pretende hija y los de los hijos legítimos y el hermano del que se señala como padre natural, no significa que pueda practicarse compulsivamente, "toda vez que pueden las partes o los terceros negarse a su prestación, ya que los primeros se encuentran protegidos por la regla de que nadie está obligado a suministrar prueba a la contraria (*nemo tenetur edere contra se*. Ver Fernández, p. 130) y los segundos, por cuanto no estando en condición de testigos no se encuentran obligados a comparecer (art. 201 del C. Pr.)" (5). No por eso el tribunal rechazó el pedido de prueba; pero dejó planteado el interrogante sobre las consecuencias de la negativa a someterse a la prueba hematológica.

Es evidente que no procede la compulsión física para la realización de la mentada pericia (6), como tampoco que se disponga su ejecución bajo apercibimiento de que, en caso de negativa, se tendrán por reconocidos los puntos propuestos como objeto de la misma (7).

Pero si es evidente que no cabe la compulsión, también lo es que la negativa ha de acarrear consecuencias procesales, que valorará el juez al dictar sentencia (8). Por eso, disentimos con el tribunal platense que vincula el problema con la regla de que nadie está obligado a suministrar prueba a la contraria. Más aún: entendemos que no es ese el plano en que debe ubicarse la cuestión.

3. En efecto, cuando se litiga para determinar una filiación, se dispone de todos los medios de prueba (art. 325 del Cód.

(4) Cám. 2a. Civ. y Com. La Plata, diebre. 21/945, J. A., 1946.—II, p. 91.

(5) Cám. 2a. civ. y com. La Plata, jun. 24/941, J. A., t. 75, p. 503.

(6) BUSSO, loc. cit.; Cám. Civ. 1a. cap., mayo 2/945, J. A., 1945 II, p. 810; Sup. Trib. Entre Ríos, marzo 17/945, J. A., 1945-IV, p. 856. Cf. en general, Alsina, loc. cit.

(7) Cám. civ. 2a. cap., febr. 18/938, J. A., t. 61., p. 461.

(8) BUSSO, loc. cit.; Cám. Civ. 1a. cap., dic. 28/938, "La Ley", t. 13, p. 370.

Civil) y, por ende, de la investigación de los grupos sanguíneos (9). Luego, resulta extraño que se considere que la prueba hematológica está comprendida en el principio de que nadie está obligado a proporcionar prueba a la contraparte. Basta recordar que la absolución de posiciones es, por cierto, un medio consagrado por todas las leyes procesales para obligar a reconocer hechos que satisfacen, precisamente, el interés de los ponentes. Quien absuelve posiciones está suministrando material de evidencia a su adversario en la litis. Sin embargo, se las admite y se sanciona severamente la respuesta evasiva y la negativa a contestar.

Por analogía, entonces, resulta legítima la prueba hematológica; y si por incidir sobre la persona hay que descartar la compulsión física, corresponde, en cambio, valorar la negativa como *presunción* adversa a la tesis que sustenta quien se resiste a la misma.

4. Desde otro punto de vista, no hay por qué temer violada la máxima "*nemo tenetur edere contra se*", pues la creación de la relación jurídica procesal determina, para ambos contendientes, el deber de decir la verdad y la obligación de comportarse lealmente en el juicio.

De tal deber y de tal obligación participa la prueba de confesión. Lo mismo la prueba hematológica, porque ésta es consecuencia natural de la índole de las cuestiones que se debaten (10). La inviolabilidad de la persona no puede llegar hasta sustraerla a la comparación de su sangre con la de quien la demanda, para probar la filiación que aquella niega. Si por respeto a la personalidad humana se dejara librada a la voluntad de una de las partes la producción de la pericia hematológica, se quebraría el derecho a producir la prueba con la amplitud prevista por el recordado art. 325 del Cód. Civil.

Además, para que un medio de prueba esté excluido, se necesita norma expresa, porque se trata de una restricción de carácter excepcional y que, cuando juega, se funda en razones

(9) Un extenso y bien fundado fallo del ex-juez en lo civil, Dr. Manuel Orús, afirmó, con acierto, que el art. 325 del Cód. Civ. permite investigar la paternidad de un hijo natural, en vida de éste y del presunto padre, por el análisis de los grupos sanguíneos de ambos: ag. 7/939, "La Ley", t. 15, p. 656.

(10) Sobre el problema, véase Mercader, Amílcar A., "La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano", "La Ley", t. 23, p. 130; y Carne-lli, "¿Existe la obligación de someterse al análisis de la sangre ordenada en un juicio?", "La Ley", t. 20, sec. jur. extr., p. 1.

superiores de orden público, como cuando se veda la confesión en los juicios de divorcio: exclusión que se correlaciona con la inexistencia de causal de divorcio por mutuo consentimiento.

5. En los juicios de filiación, la pericia hematológica desempeña función paralela a la absolución de posiciones: aquella se dirige a investigar, sobre la sangre, la existencia del nexo biológico; mientras que ésta procura lograr, a través de las palabras del demandado, el reconocimiento del vínculo. Ambos procedimientos tienen finalidad común y cabe afirmar que son de subsistencia idéntica, porque el uno se encamina al aspecto biológico y el otro al aspecto psíquico de una sólo verdad: la filiación, ya demostrada, ya desvirtuada por la prueba. Al rehuir la investigación, la aptitud reviste carácter evasivo; y reiterando el paralelismo con la absolución de posiciones, origina una presunción en contra de quien la rechaza.

Claro está que tal presunción no asume igual alcance que la negativa a contestar o la respuesta evasiva en la absolución de posiciones. El motivo es bien simple: la sanción de tener por confeso al absolvente, en los casos preindicados, está impuesta por el art. 133 del Cód. de Procedimientos. En cambio, como no existe norma similar en punto a prueba de peritos, es imposible sancionar a quien se niega a la pericia hematológica en la misma forma que quien absuelve evasivamente o no contesta las posiciones que se le ponen.

Hay que recurrir, entonces, a las características propias de la prueba pericial que, según nuestro sistema, es un medio probatorio individual, que sólo obliga al adversario a no obstaculizar su producción y que no le impone participar en la pericia con la designación, por su parte, de un técnico. Si el litigante es el objeto mismo de la pericia—como en la hipótesis de la investigación hematológica—, su obligación de no obstaculizar se traduce en el sometimiento a la prueba, porque de lo contrario se convertiría en su dueño y quedaría bajo su arbitrio la posibilidad de que este medio de evidencia influya en el pleito. De modo que el respeto a la personalidad humana, que evita la compulsión física, no se transforma en un señorío sobre la prueba, porque ésta se hallaría fuera de las facultades de quien la propone, para depender de quien debe soportarla. Toda una inversión de conceptos, porque ahora so pretexto de respeto a la personali-

dad, se transgrediría el legítimo derecho de ofrecer todos los medios de prueba para acreditar la filiación (art. 325 del Cód. Civil).

El equilibrio entre los derechos de quien clama por la inviolabilidad de su persona y de quien solicita la prueba hematológica, se produce por vía de la presunción adversa a quien resiste el examen sanguíneo. Esta solución está conforme con los principios generales que gobiernan la prueba pericial, sin contar con los que atañen a la prueba de confesión, a que ya nos referimos.

6. La conclusión a que llegamos y que coincide con la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Entre Ríos, está de acuerdo con los progresos que se han realizado en materia de prueba hematológica y con el alcance que la misma tiene.

Se trata, en efecto, de una prueba asertiva y concluyente en cuanto existe incompatibilidad sanguínea entre el supuesto hijo y el supuesto padre; pero de una prueba indiferente cuando media compatibilidad de sangres, porque entonces lo único cierto es que el padre pertenece a un grupo sanguíneo que también es propio de una gran cantidad de personas, hasta el punto de que, en cierta combinación, la paternidad podría hallarse dentro del 70% de los varones (II).

En tales condiciones, la negativa a someterse a la investigación asume gran valor, porque implica que quien la rehuye es-

(11) Sobre el valor probatorio del examen hematológico, consúltese: Carne-lli, Lorenzo, "La investigación técnica de la paternidad y su aplicación en el derecho", "Antología Jurídica", 1938, "Los caracteres grupales, el derecho y la ley", Montevideo, 1939 y colaboraciones en "La Ley", t. 10, p. 1128, y t. 11, sec. jur. ext., p. 9; Lattes, León, "L'individualité du sang", Milán, 1934, "Las modernas conquistas en la investigación de la paternidad", "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", 1932, pág. 3, "La demostración biológica de la paternidad", Rosario, 1940, y "La prueba biológica de la filiación natural", "La semana Médica", 1943, N.º 30; Stratta, Osvaldo F., "Los grupos sanguíneos y el problema médico-legal de la paternidad y la filiación", en volumen y en la "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral", año IX, 1944, N.º 41; Raitzin, Alejandro, "La investigación médico forense de la paternidad, la filiación y el parentesco", Buenos Aires, 1934, y "Las propiedades sanguíneas M y N de Landsteiner y Levine en la individualización de la paternidad y la filiación", "Archivos de Medicina Legal", 1935, pág. 388; Jerónimo Lara, "La investigación de la paternidad por el examen de la sangre", "La Ley", t. 4, sec. jurisp. extr., p. 13; Clara Campoamor, "¿Es admisible la prueba de sangre en pleitos de filiación?", y "La prueba de sangre ante la jurisprudencia", J. A., 1943-III, sec. doct., p. 85, y 1946-III, sec. jur. ext., p. 17; y Enneccerus, Kipp y Wolf, "Derecho de Familia", t. 2, párraf. 75; Cousiño Mac Iver, Luis, "Herencia biológica y derecho. Individualidad biológica y en especial individualidad sanguínea", Sgo. de Chile, 1944; Hirsfield, Luwik, "Les groupes sanguins", París, 1938; Sandoval Smart, Luis, "Hematología forense", "Revista de Derecho", Concepción, Chile, 1943.

tá convencido de que el examen no lo favorecerá, es decir, que habrá compatibilidad, si se trata de indagar la filiación que concretamente se atribuye, como cuando se demanda por filiación natural y quien se excusa es el presunto padre. En cambio, la negativa hará presumir la incompatibilidad cuando se impugna una filiación constituida, como si se contesta la paternidad legítima.

7. Concluimos destacando que la presunción emanada de la conducta procesal de quien se resistió a la investigación de su grupo sanguíneo, es insuficiente para acreditar la filiación, si bien influirá en el examen del conjunto de la prueba y, armonizándose con los demás elementos que la integren, conducirá al juez al convencimiento necesario para declarar la filiación. Ha de tomarse en cuenta, pues, como uno de los medios concurrentes para la demostración del nexo biológico.

ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO

Ex-profesor extraordinario de Derecho Civil  
en la Universidad de Buenos Aires.

---

(12) La cám. de Apel. de San Nicolás, el 6 de agosto de 1946, J. A., 1946-IV, p. 276, resolvió que, en juicio de divorcio, el marido que contrademanda fundándose en el adulterio de la actora, puede pedir como prueba que se practique el análisis sanguíneo y de los caracteres físicos de un hijo inscrito como legítimo, tendientes a demostrar que el hijo es fruto del adulterio de la esposa.

Véase el estudio crítico que de ese fallo hizo el Dr. Alberto G. Spota, titulado "La prueba de la filiación adulterina por el análisis de los grupos sanguíneos", J. A., loc. cit.

También lo comentó el Dr. Roberto A. M. Terán Lomas, "La Ley" t. 44, p. 362, en su trabajo "La inadmisibilidad de pruebas tendientes a probar la "adulterinidad" de un hijo que goza el estado de hijo legítimo, en el juicio de divorcio seguido entre sus padres".

Por nuestra parte, repudiamos la procedencia de la prueba del adulterio por vía del análisis sanguíneo, pues entendemos que no corresponde ese procedimiento para acreditarlo y que la legitimidad sólo puede contestarse de acuerdo con las normas que al respecto fija el Código Civil.