

Comisión n° 6, Familia: “Identidad y Filiación”
EL ÚNICO TIEMPO... ES EL TIEMPO DE LO POSIBLE

Autor: Guillermina Zabalza*

Resumen:

Consideramos que el CCyC desarrolla una tesis valiosa en tanto califica la negativa como “indicio grave”, postura intermedia entre la tesis del indicio y presunción, y creemos que nada obsta para que en virtud de la interpretación teleológica de la norma se pueda pretender también de manera compulsiva la prueba genética, en virtud del derecho fundamental a la identidad personal.

Una sentencia no puede ser revestida de los efectos de la cosa juzgada en un proceso de filiación, cuando no se ha basado en la prueba fundamental que es la prueba genética, relativizándose los efectos de la inmutabilidad de la cosa juzgada, en virtud de que aún no se ha podido averiguar la verdad real del actor sobre la acción de filiación que se pretende.

1.- Reflexiones iniciales

Los contextos de gestación dinámica de la identidad nos colocan ante las diferentes situaciones de vulneración de derechos en que puede encontrarse una persona al no efectivizarse su derecho a la identidad.

La axiología que encarna el principio de convencionalidad propone desfraccionamientos de la justicia¹, materializándose nuevos cauces en el proceso de familia, que se traducen en la prueba², el principio de oficiosidad y la relativización de la cosa juzgada.

Ante la dicotomía entre la verdad formal y material, se deben flexibilizar los criterios, renovándose así la confianza en el proceso judicial. Indica Famá que “*esta necesaria transformación del proceso de familia conlleva la humanización de las formas y principios procesales tradicionales que responden al sistema adversarial o litigioso... Uno de los principios más arraigado en el viejo orden procesal que es puesto en crisis en aras de esta humanización es el principio dispositivo, o, mejor dicho, el aprovechamiento de la aplicación estricta de este principio por parte de los litigantes, dando lugar a situaciones*

* Profesora Asociada de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, sexta edición, quinta reimposición, Buenos Aires, Depalama, 1987.

² MORELLO, Augusto, *Hacia una visión solidarista del proceso*, ED, 132-953; ARIANNA, Carlos - GROSMAN, Cecilia, *Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial*, LL 1992-B-1196

abusivas que entorpecen el proceso, potencian la hostilidad entre las partes e inciden negativamente en la búsqueda de la ‘verdad’ para la solución justa del caso”³.

2.- La certeza de la ciencia en la filiación

La ciencia provoca cambios significativos y el ADN es uno de ellos⁴, ya que la certeza se instala en el discurso jurídico, concluyéndose que la prueba por excelencia cuando se indaga la filiación biológica es la genética⁵. El art. 579 del CCyC establece que “*En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente*”⁶.

En las acciones de filiación se admite todo medio probatorio con la finalidad de garantizar el acceso a la verdad; se jerarquiza la prueba genética, teniendo un lugar preferente en virtud del principal derecho humano involucrado que es el derecho a la identidad⁷; y se concede al juez facultades más amplias por ser el estado una cuestión de orden público en virtud de lo cual no puede quedar sujeto al poder de disposición de las partes⁸. Esta facultad que se le otorga al juez permite quebrar la clásica norma procesal de que las partes son las dueñas de la prueba en el proceso civil⁹. Destaca Famá, que con la finalidad de resguardar y alcanzar la igualdad entre las partes en el proceso —el delicado equilibrio entre la regla dispositiva y el activismo judicial— se puede partir de la distinción en atención a las personas cuyos derechos se encuentren comprometidos. Cuando se trata de adultos capaces inmersos en procesos de contenido patrimonial, el principio dispositivo cobra todo su vigor. Por el contrario, cuando en un proceso se encuentran en juego los derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad, el activismo judicial emerge como una herramienta de suma utilidad para compensar los intereses de los más débiles¹⁰.

³ FAMÁ, María Victoria, *Alcances del principio de oficiosidad en los procesos de familia*, RDF, N° 69, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 154.

⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T.I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p 1003.

⁵ Véase por ejemplo FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *La identidad ‘en serio’: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, RDF, N° 33, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 67 y ss.; FAMÁ, M. Victoria, *Filiación, pruebas biológicas y revisión de la cosa juzgada*, RDF, N° 36, Lexis Nexis, 2007, p. 2.

⁶ Los avances de la medicina han obligado a revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación, véase Fundamentos CCyC, p. 79

⁷ HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, TII, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 325.

⁸ KRASNOW, Adriana N., *La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?*, LLLitoral 2007, 01/01/2007, 834, AR/DOC/2654/2007.

⁹ KRASNOW, Adriana N., *La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?*, cita online: AR/DOC/2654/2007, op., cit., p. 1; KRASNOW, Adriana N., *El peso de la prueba biológica en el proceso de filiación*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2011, La Ley, Buenos Aires, ps.61 y ss.

¹⁰CCyC, Arts. 706 y 707. FAMÁ, M. Victoria, *Alcances del principio de oficiosidad en los procesos de familia*, RDF, N° 69, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2015, p.173

La certeza que arroja el ADN, nos coloca ante la disyuntiva de si es posible plantear la compulsividad, así como determinar cuál será el valor probatorio que se le adjudique a la negativa de someterse a la misma. Se han delineado diferentes interpretaciones respecto del art. 4 de la ley 23.511¹¹: 1.- la negativa como un *indicio* contrario al renuente, debiéndose completar dicha negativa con algún otro medio probatorio; 2.- la negativa como una *presunción* contraria al renuente, por lo que ya esa conducta hace presumir la paternidad de la persona que se niega. Se produce la inversión de la carga de la prueba, con lo cual la negativa sería un hecho determinante hasta que el demandado no logre desvirtuarlo¹²; 3.- la negativa obstruye arribar al objetivo central de la misma, la certeza que arroja su resultado, planteándose la *compulsividad* de la prueba¹³.

La obligatoriedad o compulsividad gira sobre el lema “*no es lo mismo ser hijo por certeza que ser hijo por presunción*”, ya que no es igual lograr un emplazamiento en virtud de una presunción que como causa de la certeza que brinda la prueba genética, efectivizando sólo ésta el derecho a la verdad biológica que integra uno de los despliegues del derecho al desarrollo de la identidad. La compulsividad de este tipo de prácticas, no ha logrado aún un consenso total, actualizándose el debate y tensión entre los derechos a la identidad y a la intimidad. Consideramos que la vulneración del derecho a la verdad del hijo no permite escudarse en la supuesta violación del derecho a la privacidad o intimidad de los supuestos padres, derecho que sería de menor “peso” que los primeros¹⁴. Expresa Mizrahi que “*debe percibirse que cuando el demandado se resiste a que se le practique la pericia biológica, ya no está actuando en el marco de las conductas autorreferentes, donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto. De modo diferente, se trata de una conducta que ingresa en el campo intersubjetivo, lo que implicará que sobre aquella autonomía ha de regir el principio de inviolabilidad de la persona. Así las cosas, el supuesto derecho personalísimo que se invoque quedará automáticamente sin amparo o limitado en tanto afecta los intereses de otro, el que reclama su filiación...*”¹⁵.

En el marco de las presentes conceptualizaciones, nos podemos plantear las intersecciones entre autonomía y paternalismo justificado. Desde una postura liberal y respetuosa de los derechos fundamentales, se parte de la premisa de que el Estado no puede imponer modelos de planes de vida. Este principio de libertad, conceptualizado por Nino como principio de autonomía de la persona, significa que «*siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir*

¹¹ Véase HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Título V, Filiación*, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, TII; op., cit., p. 746 y ss

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano*, ED 153-928, FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *La identidad ‘en serio’: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, op., cit., p; 76. ARIANNA, Carlos - GROSMAN, Cecilia, *Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial*”, op., cit.

¹³ HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Título V, Filiación*, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, TII; op., cit., p. 744 y ss; FAMÁ, M. Victoria, *La prueba genética en el Proyecto de Código*, en LL 2013-E-943, AR/DOC/3337/2013.

¹⁴ FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *La identidad ‘en serio’: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, op., cit., p. 90.

¹⁵ MIZRAHI, Mauricio L., *La convergencia de derechos*, citado por FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *La identidad ‘en serio’: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, op., cit., p. 90.

en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de la virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”¹⁶. Ahora bien, el límite al desarrollo de la propia autonomía se encuentra en el reconocimiento de la alteridad, en tal sentido, como afirma Mill “el único fin en aras del cual la humanidad, individual o colectivamente, está autorizada a interferir con libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la autoprotección (...) el único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es la de evitar un daño a los demás”¹⁷. Entonces, la protección de los restantes miembros –evitando un daño ajeno-, se configura como el punto de partida a partir del cual se justifica la intervención del Estado en los planes de vida de los particulares, generando las bases necesarias para la concreción de aquellas voluntades, promoviendo la igualdad y empoderando a los más desventajados, a fin de que puedan asegurar aquella autonomía y así realizar el proyecto autobiográfico¹⁸. Desde esta perspectiva, pensamos que el paternalismo justificado habilita y justifica la intervención del Estado a fin de propender a resguardar la igualdad en contextos de vulnerabilidad, ya que como indica Schiro *la verdad nos hace libres... pero también nos hace iguales...*¹⁹.

En consideración a los diferentes sujetos involucrados y los diversos derechos en colisión, se debe proceder a la ponderación de los mismos, resolviéndose el conflicto según la dimensión del “peso”, con lo cual ante determinadas circunstancias fácticas, uno de los principios debe ceder frente al otro que, en el caso concreto, reviste mayor “peso”²⁰, posibilitándose en estos supuestos la prueba compulsiva.

Asimismo, creemos de sumo interés traspolar el concepto de susceptibilidad desarrollado por Kottow, quien indica que “...La vulnerabilidad es una constante existencial, la susceptibilidad es un estado de desmedro. La distinción no es trivial, por cuanto la vulnerabilidad es un estado de integridad feble, donde se protege la fragilidad intrínsecamente humana frente a daños. La susceptibilidad, en cambio, es un estado de destitución y deprivación en que la integridad está lesionada en tal forma que el individuo queda predispuesto a sufrir nuevos daños... las susceptibilidades son... estados diversos de desmedro que afectan a unos pero no a todos. En las susceptibilidades hay un grado de destitución que a su vez hace más amenazante el entorno y más probable que se sufran daños adicionales... Las susceptibilidades son variables y selectivas...”²¹.

¹⁶ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2 ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p.204

¹⁷ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 16° reimp., Alianza, Madrid, 1999, p.68

¹⁸ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, ps.413 y ss; GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *¿es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en Revista Digital DOXA, N° 5, 1988; FAMÁ, María Victoria, *Uniones convivenciales y filiación: presente y futuro tras la reforma del Código Civil*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014-3, ps. 176 y ss.

¹⁹ SCHIRO, María Victoria, *El derecho al conocimiento de los orígenes biológicos y su ejercicio autónomo en las diferentes fuentes de la filiación*, RDF 68-101, AP/DOC/59/2015

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 89 y ss; citado en FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, *La identidad ‘en serio’: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*, op., cit., p. 90.

²¹ KOTTOW, Miguel, *Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética*, JA 2003-III-955, Lexis Nexis online 0003/009772 6 0003/009876

Estimamos que la situación de susceptibilidad en que se encuentra una persona a quien no se ha admitido el desarrollo pleno de su identidad, debe ser resguardado y remediado por el Estado como garante de los derechos fundamentales, ya que estamos ante una cuestión que no debe quedar sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, por tratarse de un tema indisponible, integrando la nueva axiología jurídica que encarna el orden público familiar convencional. El Estado debe arbitrar las medidas necesarias para disminuir las situaciones de susceptibilidad, a fin de que el entorno no se nos vuelva más amenazante aún.

El CCyC en su art. 579, proyecta una cuarta tesis – ecléctica-, sosteniendo que la negativa al sometimiento de la prueba genética constituye un “indicio grave”. Destaca Herrera que *“no se necesita, de manera obligatoria o como requisito sine qua non, otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y que, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación (postura semejante a la presunción). No obstante, si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa —y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica—, ella deba ser incorporada al proceso (postura semejante, o que tiene algún elemento, a la del indicio)”*²².

Consideramos que el CCyC desarrolla una tesis valiosa en tanto califica la negativa como “indicio grave”, postura intermedia entre la tesis del indicio y presunción, y creemos que nada obsta para que en virtud de la interpretación teleológica de la norma se pueda pretender también de manera compulsiva la prueba genética, en virtud del derecho fundamental a la identidad personal. Arribamos a esta conclusión en virtud del diálogo de fuentes existentes en el CCyC, observando que no se encuentra legalmente prohibida la realización de la prueba genética; y, a su vez, que en el complejo axiológico de la Constitución existe un horizonte que destaca la búsqueda de la verdad como premisa constructiva del derecho a la identidad²³. Retomando las líneas desarrolladas por Sozzo, advertimos que el proceso de recodificación encarna una resistematización, con lo cual el Código debe pensarse como una ley privada que como fuente se compone de una pluralidad de documentos que exceden al CCyC y que, incluso, pueden provenir del campo del derecho público. Se materializa una reconstrucción del sistema, que acepta las experiencias de descodificación, Constitucionalización y humanización del derecho privado. Se trata, en este sentido, de asumir una actitud reflexiva, proyectando el diálogo de fuentes que se consagra en el título preliminar. Indica Sozzo, que este diálogo es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía. El sistema es complejo, producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias, por ello el objetivo es la integración de las diversas fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto. Para el derecho privado, este diálogo es vital²⁴.

²² HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, TII, Infojus, op., cit., p. 327; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Título V, Filiación*, op., cit., p. 761 y ss

²³ LLOVERAS, Nora, *La filiación “presuntiva” y la filiación “verdadera”: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas*, ABELEDO PERROT N°:AP/DOC/1518/2012

²⁴ SOZZO, Gonzalo, *La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012*, http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Regulacion_del_consumo.pdf http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Regulacion_del_consumo.pdf

Enmarcados en el diálogo de fuentes que propone el CCyC, pensamos que desde una perspectiva convencional se debe ponderar el derecho a la identidad sobre la intimidad, coexistiendo en el sistema tanto la postura que reputa la negativa al sometimiento de la prueba biológica como “indicio grave”, ‘más’ la posibilidad efectivizar la prueba genética de manera compulsiva como realización de la filiación “verdadera”.

3.- Revisión de la cosa juzgada y el derecho a la identidad.

El derecho procesal de familia reformula el instituto de la “cosa juzgada” a fin de arribar a soluciones justas, fundamentalmente frente a situaciones de mayor susceptibilidad²⁵.

Indica Kottow, que los diferentes escenarios sociales pueden arrastrar a las personas a situaciones tales que los incapaciten para poder desarrollar su plan de vida, convirtiéndose en personas lesionadas y más susceptibles a daños adicionales. La destitución que produce esta crónica convivencia con lo dañino es, en rigor, un estado deshumanizado, pues no le permite a los afectados acceder o retornar a la condición moral de seres humanos “meramente” vulnerables pero socialmente protegidos y en condiciones de realizar su existencia²⁶. Pensamos que estos contextos de susceptibilidad, pueden también suscitarse ante la inmutabilidad de la cosa juzgada en circunstancias en las que si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales, su aplicación genera una situación de extrema injusticia²⁷.

En el modelo delineado por el Estado Constitucional de Derecho, la idea de justicia surge del propio sistema constitucional y se traduce en el respeto de los derechos humanos, por ello, *“una sentencia como acto de un órgano de poder que vulnera derechos fundamentales, no está habilitada como tal aunque esgrima el ropaje formal de la cosa juzgada, por cuanto al colisionar con el orden público constitucional, lo procesal (de naturaleza instrumental) queda subsumido a los estructural (determinado por la dimensión de los derechos fundamentales) (...). Justamente, una decisión es irrita cuando conlleva una injusticia extrema verificable a partir de la conculcación de las formas y las sustancias constitucionales”*²⁸.

Partiendo de las premisas esgrimidas anteriormente, la posibilidad de plantearnos la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada –, debe ser valorada a partir de los derechos fundamentales comprometidos en cada situación. Se entiende que cuando una sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada es inmutable y no susceptible de revisión, teniendo su fundamento en el derecho de propiedad y en la seguridad jurídica²⁹. No obstante, consideramos que una sentencia no puede ser revestida de los efectos de la cosa juzgada en un proceso de filiación, cuando no se ha basado en la prueba fundamental que es la prueba genética, con lo cual el obstáculo de la inmutabilidad de la cosa juzgada no existe, ya que aún no se ha podido averiguar la verdad real y biológica del actor sobre la

²⁵ FAMÁ, M. Victoria, *Alcances del principio de oficiosidad en los procesos de familia*, op., cit., p. 178

²⁶ KOTTOW, Miguel, *Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética*, op., cit.

²⁷ FAMÁ, M. Victoria, *Filiación, pruebas biológicas y revisión de la cosa juzgada*, op., cit., p.7

²⁸ GIL DOMINGUEZ, Andrés, *La acción de nulidad por la cosa juzgada irrita...*, citado por FAMÁ, M. Victoria, *Filiación, pruebas biológicas y revisión de la cosa juzgada*, op., cit., p.7

²⁹ FAMÁ, M. Victoria, *Filiación, pruebas biológicas y revisión de la cosa juzgada*, op., cit., p.12

acción de filiación que se pretende³⁰.

En las acciones de filiación estamos frente a un interés social que trasciende el interés de las partes, ya que se pretende proteger el derecho del hijo de acceder a un emplazamiento filial auténtico y respetuoso de su identidad en referencia a la realidad biológica³¹. La identidad expresa la unicidad de cada persona en su alteridad, el desarrollo de la identidad en su ser “uno mismo” y en la relación con los demás, permite desplegar el desarrollo de la libertad en la diversidad, concibiéndose la igualdad desde la diferencia³².

Dentro de esta construcción, no sólo será necesario efectivizar el derecho de acceder al conocimiento sobre sus orígenes, sino también la posibilidad de lograr un emplazamiento filial. En virtud del reconocimiento del derecho a la identidad como un derecho humano y de la posibilidad y necesidad de que toda persona pueda conocer sus orígenes biológicos y efectivizar un emplazamiento real, basado en certezas, a fin de que pueda desentrañar su propia historia y compatibilizarla con su realidad actual, es que se ha considerado la relativización de los efectos de la cosa juzgada.

Cuando hablamos de identidad nos referimos al propio “ser” de una persona, es decir, aquello que constituye la propia personalidad, haciéndolo único e irrepetible. Fernández Sessarego ha calificado la identidad personal como “... *el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano*”³³. La identidad observa dos elementos: el estático, que es el que primero nos brinda una visión de la persona (la imagen, el nombre, su identificación), que es inmutable o con tendencia a no variar o cambiar; y el dinámico, que está integrado por caracteres cambiantes, que constituye el patrimonio histórico y cultural de la personalidad, con lo cual su característica primordial es su carácter mutable³⁴.

Indican Lloveras y Salomón, que en el ámbito del derecho de la filiación, el derecho de identidad personal describe primordialmente la facultad de la persona de conocer el origen de su propia vida, además de la pertenencia a una familia individualizada, ya que el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre a

³⁰ Véase Capel.Civ yCom de Corrientes, Sala IV, 2007/07/05, AR/DOC/2654/2007; LLOVERAS, Nora, *El ADN: impacto en la cosa juzgada*, ABELEDO PERROT N°:AP/DOC/1642/2012.

³¹ KRASNOW, Adriana N., *La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?*, cita online: AR/DOC/2654/2007, op., cit., p. 3

³² RUIZ, Alicia, *De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía*, en *Idas y Vueltas por una Teoría Crítica del Derecho*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p

³³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113

³⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, op., cit., pág. 114; *Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo*, *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII. N° 16. Julio – septiembre. 1998. Citado por GIL DOMINGUEZ, Andrés *El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional*, LLBA 1999 – 1104, y por HERRERA, Marisa; *El derecho a la identidad en la adopción*, T. I., Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 61

saber lo que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué lo precedió generacionalmente –tanto en lo biológico como en lo social-, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible³⁵.

La identidad se construye unida al crecimiento de la persona y permite a ésta desarrollarse como única e irrepetible frente al resto, siendo la filiación un aspecto integrante de la dimensión estática y dinámica. El derecho a la identidad y a su desarrollo comprende «... conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabaje la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales...conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo»³⁶

Realizando una mirada retrospectiva en materia filiatoria, se puede advertir que ha existido un trascendental avance que se extiende desde la oscuridad a la tendencia actual que reafirma la transparencia de los vínculos filiatorios, en razón de que el conocimiento de la verdad permita reconstruir el pasado, vivir el presente y proyectar el futuro³⁷. La identidad se construye todos los días, se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia, en consecuencia, se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras³⁸.

4.-Conclusiones

El derecho a la identidad se efectiviza tanto a partir del conocimiento de la verdad biológica, como a través de la posibilidad de concretar el emplazamiento filial, considerando que no sólo se trata de saber, sino de constituir un estado de familia. La filiación ‘verdadera’, efectiviza el derecho fundamental a la identidad, encontrando su correlato en la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas genéticas.

En virtud del diálogo de fuentes que propone el CCyC, creemos que desde una perspectiva convencional se debe ponderar el derecho a la identidad sobre la intimidad, coexistiendo en el sistema tanto la postura que reputa la negativa al sometimiento de la prueba biológica como “indicio grave”, ‘más’ la posibilidad de efectivizar la prueba genética de manera compulsiva como pretensión de la filiación ‘verdadera’.

Cuando se flexibilizan los efectos de la cosa juzgada, se pondera el derecho a la identidad por sobre el derecho de propiedad y seguridad, vehiculizándose la identidad individual y a la vez recíproca: del “ser uno mismo” al “ser en relación a otros”³⁹. La cosa juzgada reviste su virtualidad como expresión de estabilidad ante la transitoriedad temporal; no obstante, la complejidad nos insta a realizar desfraccionamientos que procuren la mayor justicia, ya que

³⁵ LIOVERAS, Nora – SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, op., cit., p.146.

³⁶ Voto en disidencia de Petracchi, caso Muller, Corte Suprema, 13711/1990

³⁷ Véase CHECHILE, Ana María, *El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin general vínculos filiatorios*, RDF, N°III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 62; LIOVERAS, Nora – SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, op., cit., p.155.

³⁸ PETTIGIANI, Eduardo J; *La identidad del niño ¿esta sólo referida a su origen? (Adopción vs. Realidad biológica)*, JA 1998 – III- 1006.

³⁹ FERNANDEZ, Silvia, *Adopción “Plena”... (¿desde qué mirada?). Sobre la armonización del derecho de identidad del adoptado, familia de origen y adoptantes, frente al acceso al conocimiento del origen, en un caso de adopción plena*, op., cit., p. 96; *¿Identities en suspenso? sobre ciertas buenas razones en favor del reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas en el acceso al conocimiento de su origen*, RDF 68-81, AP/DOC/55/2015.

la seguridad no es sólo individual sino también “seguridad de las personas y de sus derechos”⁴⁰, la seguridad sin justicia carece de sentido jurídico⁴¹.

Consideramos que una sentencia no puede ser revestida de los efectos de la cosa juzgada en un proceso de filiación, cuando no se ha basado en la prueba fundamental que es la prueba genética, con lo cual el obstáculo de la inmutabilidad de la cosa juzgada no existe, ya que aún no se ha podido averiguar la verdad real del actor sobre la acción de filiación.

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T II-A, Ediar, Buenos Aires, 2003, p.12

⁴¹ FERNANDEZ, Silvia, *El derecho a una filiación “verdadera”. La revisión de la cosa juzgada en materia de filiación a la luz de los derechos humanos fundamentales: hacia una cosa juzgada justa*, Lexis N° 0003/800786.