NEUQUEN, 2 de mayo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"C. J. J. C/ M. M. A. S/ FILIACION"**, (**JNQCI1 EXP** N° **501734/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el día 1 de febrero de 2019 (fs. 129/133), en memorial que obra agregado a fs. 144/145, el que es contestado por la parte actora a fs. 147/154.

Pide en su recurso se revoque la resolución de grado, manifestando su disenso con el modo en que ha sido valorada la prueba para concluir que estaría acreditado el vínculo paterno filial.

Sostiene que el examen de ADN no prueba el vínculo y ha sido interpretado fuera de contexto.

Afirma que el informe refiere que el porcentaje otorgado del 98,05% es un parámetro arbitrario, existiendo una tendencia a no usarlo en los foros científicos.

En consecuencia, sostiene que no se ha probado el vínculo, correspondiendo, por aplicación del artículo 377 del C.P.C. y C. el rechazo de la demanda.

Indica que el propio informe establece que no se puede excluir el vínculo biológico como medios hermanos, pero de modo alguno afirma que ese vínculo exista.

Propone, en subsidio, que se cite al firmante del informe para que brinde explicaciones sobre el punto.

La parte actora contesta el traslado haciendo una revisión de los elementos probatorios agregados en autos y los avatares del desarrollo del proceso, afirmando –en lo que resulta idóneo para el tratamiento del presente– que el nexo biológico acreditado en autos se debe a la única circunstancia de ser hijos del mismo padre y así ha sido interpretado por el a-quo.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso, toda vez que lo que la recurrente cuestiona es el modo en que la a-quo ha valorado la prueba pericial genética, corresponde en primer término analizar ese informe, especialmente en lo atinente a la determinación del porcentaje, para ver si el mismo permite arribar a la conclusión del fallo en crisis.

En este informe, agregado a fs. 60/63, concluye que el valor hallado de 50,41 "… indica que es 50,41 veces más probable observar los resultados si el padre…" del accionante lo es también de la demandada M. que si se tratara de un hombre no relacionado con ella.

A fs. 72, al evacuar el pedido de explicaciones, se señala en el informe que no resulta posible excluir el vínculo biológico como medios hermanos por línea paterna, analizando únicamente a esas dos personas.

Y el no poder ser excluidos nos lleva necesariamente a la conclusión que ambos pertenecen a un mismo linaje.

El motivo por el cual se afirma que no pueden ser excluidos del vínculo biológico radica en que "… *nunca es posible afirmar con certeza absoluta la existencia de un parentesco porque es posible que exista otro individuo que comparta por azar los mismos alelos con el titular. Es por*

ello que se vuelve necesario que por medio de cálculos estadísticos se estime cual es la probabilidad de que esta segunda circunstancia tenga lugar. Por otra parte, si el progenitor alegado no comparte alelos con el titular en algún marcador entonces sin lugar a dudas queda excluido del vínculo. Es decir, que si bien sólo es posible estimar la probabilidad de la existencia de un vínculo de filiación, sí se puede determinar de manera absoluta la ausencia de dicho vínculo." (Armando M. Rennella, Graciela Eleta, Rosario Alicia Sotelo Lago, IMPUGNACIONES DE ESTUDIOS DE ADN, CUADERNOS DE MEDICINA FORENSE • AÑO 4 – N° 3 (41-51)).

Sigue explicando el idóneo que la probabilidad estadística del cociente obtenido, da cuenta a su vez que la posibilidad de que sean hijos de un mismo padre frente a la que no lo sean es 50,41 a 1, agregando el profesional que *"Si consideramos una probabilidad a priori de 0,5 para cada hipótesis (es decir que ambas hipótesis son equiprobables) se obtiene un valor de Probabilidad de Parentesco de 98,05%..."*

A renglón seguido, agrega que la tendencia en los foros científicos de genética forense, es la de no reportar ésta probabilidad, *"siendo que la misma depende del valor de probabilidad a priori que se asigne a las hipótesis, y a que en muchos de los casos el valor arbitrario de 0,5 utilizados por los peritos puede no ajustarse a la valoración que V.E. posee previo a la realización del estudio"*.

Dentro de la pruebas genéticas, la técnica hoy utilizada es la denominada prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico), la cual permite obtener un grado de certeza en sus resultados del 99,99%.

Recogiendo lo que ya había recomendado la doctrina y resuelto en modo pacífico la jurisprudencia, el artículo 579 del Código Civil y Comercial de la Nación incorpora *"… la posibilidad de recurrir a otros parientes que permitan obtener algún grado de certeza en el resultado de la prueba genética, ante la imposibilidad de efectuar el estudio a alguna de las partes, aunque su precisión sea menor que si se realiza sobre las personas directamente involucradas. En la jurisprudencia, esa posibilidad ya se había receptado en el caso de fallecimiento del sujeto involucrado, priorizándose a los parientes más próximos en grado..."* (Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Comentario art. 579, Editorial La Ley 2014).

En idéntico sentido: *"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..."* (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, Comentario al art. 579 pág. 317, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación).

Al analizar el valor de la prueba genética sobre los parientes, esos autores expresan: *"… que el CCyC destaca de manera precisa que el resultado de la prueba genética en ciertos parientes es de fuerte valor probatorio y le da un lugar en el juicio de filiación."* (ídem, pág.

320) y que *"Según surge de la primera parte del articulado en análisis, lo más importante y beneficioso de lograr es que determinados parientes se presten a la realización de la prueba genética, la que realmente tiene un alto valor probatorio y conduce a la búsqueda de la verdad biológica. Ello solo se logra y tiene fundamento científico si se lleva adelante sobre los parientes hasta el segundo grado. Fuera o más allá de este vínculo de parentesco, la prueba genética pierde fuerza y, por ello, resulta más certero que se realice sobre material cadavérico que sobre otros parientes por fuera del grado que indica la norma..."* (ibíd. pág. 320/321).

En estos autos, el estudio se llevó a cabo entre presuntos parientes de tercer grado, por lo que prima facie tiene alto valor probatorio.

Para éstos supuestos, *"Por lo general, como ya se ha dicho, en los expedientes civiles el tipo de vínculo alegado es el de filiación, sin embargo en ocasiones resulta necesario determinar la probabilidad de existencia de parentescos de segundo (hermanos) o de tercer grado (abuelo-nieto, tío-sobrino, medios hermanos). En estos casos, también han sido presentados, con fundamentos erróneos, pedidos de impugnación refutando que no se hubiera establecido en el dictamen pericial la exclusión del vínculo, cuando se constataba en el estudio genético, la presencia de más de dos marcadores donde no había coincidencia de alelos entre el titular y el familiar alegado. En un índice de parentesco de primer grado (paternidad), la incorporación al análisis estadístico de un marcador en el cual no aparece el alelo obligado, es decir aquél que debe estar presente en el titular porque no lo aporta el progenitor reconocido y debe obligatoriamente ser aportado por el progenitor alegado para acreditar su*

vínculo biológico, significa introducir un cero en el cálculo de los productos y por lo tanto obtener como resultado, cero en el índice de parentesco. Esto último, como ya se ha dicho, conlleva automáticamente a establecer la exclusión del vínculo alegado. Por el contrario, en un índice de parentesco de segundo o tercer grado no se aplica la misma regla. En efecto, en el estudio de estos tipos de parentesco no existe el alelo obligado y en distinto número de marcadores (número que no puede predecirse) es factible no hallar similitudes entre los perfiles del titular y el pariente alegado. Para representar a tales sistemas en el análisis estadístico, se utiliza un número distinto de cero (0,25 en parentescos de segundo grado y 0,5 en parentescos de tercer grado) de modo que no se anule la posibilidad de la existencia del vínculo. En otras palabras, el hecho de que no haya coincidencia entre los alelos de uno o varios marcadores genéticos, cuando el tipo de vínculo examinado es de segundo grado o tercer grado, no implica en modo alguno la exclusión de la relación, como sí ocurre cuando el parentesco analizado es de primer grado." (Armando M. Rennella, Graciela Eleta, Rosario Alicia Sotelo Lago, ibid.).

Existiendo en el informe de autos coincidencia en los marcadores genéticos no puede considerarse excluida la relación biológica.

Destaco al respecto que el número utilizado por el profesional para el cálculo estadístico es coincidente con el referido por los autores citados (0,5), y que como aquel profesional informa el hecho de que exista una tendencia en los foros científicos a no reportarlo, no significa que sea inexacto ni lo descalifica como método.

Explica el idóneo que ello obedece a que ese índice podría no ajustarse a la valoración que el juez posea previa a la realización del estudio.

Siguiendo a Armando M. Rennella, Graciela Eleta, Rosario Alicia Sotelo Lago en el trabajo citado precedentemente, *"Sin lugar a dudas, uno de los puntos claves en los estudios de parentesco son los criterios con los que se establece el valor mínimo a partir del cual un determinado índice de parentesco es considerado adecuado para no descartar la existencia del vínculo alegado. En otras palabras, es crucial definir con claridad y a priori del estudio genético, a partir de qué valor del índice de parentesco se considerará que la existencia del vínculo biológico se encuentra suficientemente probada. Los criterios para fijar estos valores no son en modo alguno arbitrarios y están sustentados en trabajos científicos reconocidos y aceptados en el ámbito académico internacional. Es por ello que en este tipo de estudios no cabe una valoración subjetiva, muchas veces presente en las impugnaciones, sobre qué valor del índice es o no suficientemente elevado. Por otra parte, los valores mínimos que cuentan con respaldo de la comunidad científica son específicos para cada tipo de cálculo estadístico empleado. Esto quiere decir que el valor mínimo variará según el tipo de parentesco estudiado. Una confusión frecuente en las impugnaciones es esgrimir que el índice de parentesco obtenido en el estudio es menor que un valor de referencia aceptado en la literatura, sin contemplar si dicho valor de referencia esta propuesto para el mismo tipo de parentesco estudiado en la causa".*

Entiendo, entonces, que tanto la posibilidad de existencia del vínculo de un 50,41 como el valor de probabilidad de parentesco de 98,05% resultan suficientes

para tener por acreditado el vínculo invocado, máxime cuando la a-quo ponderó también en su decisión la versión de los hechos expuesta por las partes, en las cuales –añado- no se puso de manifiesto que esa probabilidad de parentesco pudiera haber estado dada por otro tipo de vinculación biológica.

En cuanto a la propuesta de citación del bioquímico Ulises Toscanini para que comparezca a brindar explicaciones en autos, teniendo en cuenta que la producción de prueba en la Alzada es de carácter excepcional y que las partes tuvieron posibilidad de formular los pedidos de aclaraciones, observaciones e impugnaciones en la instancia de grado, dejando precluir esa instancia, corresponde su rechazo.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo se rechace el recurso de apelación interpuesto por la demandada M. A. M. y confirmar la sentencia de grado, con costas a la recurrente vencida. Los honorarios por la actuación en la Alzada serán regulados en el 30% de los que correspondan para la primera instancia.

La Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 129/133, con costas a la recurrente vencida (art. 68, CPCyC).

II.- Regular los honorarios profesionales por la actuación ante la Alzada en el 30% de los que correspondan para la primera instancia (art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria