

X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal

Colombia, Bogotá, 10 al 15 de agosto de 1986

TEMA:

INDICIOS Y PRESUNCIONES

Profesor: Dr. ANGEL LANDONI SOSA*

1. Concepto de presunción (1)

La presunción es un razonamiento lógico realizado por el legislador o por el juez, en virtud del cual a partir de un hecho o acto indicador conocido, se llega a inferir como cierto o como probable un determinado hecho o acto desconocido.

2. Tipos de presunciones

La legislación y la doctrina generalmente distinguen entre las presunciones legales y las judiciales o del hombre.

2.1. Las presunciones legales

En rigor, ellas no constituyen un medio de prueba, sino que implican: o bien un desplazamiento del objeto de la prueba, ya que el hecho presumido no hay que probarlo; o bien, de la carga de la prueba, ya que cuando la presunción es relativa y admite la prueba en contrario

* Profesor Titular de Derecho Procesal y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
Integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y Miembro del Consejo de Dirección de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

1. El C. P. Civil Uruguayo en su art. 451 —siguiendo la conocida definición de Pothier— establece que: "Las presunciones son consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido".

resulta claro que no habrá que probar el hecho presumido por la ley, sino aquel otro acaecimiento que permita destruir la base de la presunción.

En las presunciones legales, es el legislador quien ha establecido anticipadamente el razonamiento por el cual se ordena tener por cierto un hecho, o acto, siempre que otro hecho o acto indicador del primero, haya sido comprobado en forma fehaciente.

Dentro de las presunciones legales se distinguen, a su vez, dos categorías: a) las absolutas —*iuris et de iure*— que no admiten prueba en contrario y en virtud de las cuales el juez debe tener por definitivamente cierto el hecho presumido por la ley. b) las relativas —*iuris tantum*— por las que la conclusión de la ley no tiene fuerza vinculante para el magistrado, admite la prueba en contrario y el hecho presumido, se considerará cierto hasta tanto no se produzca la prueba que haga caer la presunción legal.

2.2. Las presunciones judiciales o del hombre

Son aquellas que no han sido establecidas por la ley y que ésta las ha confiado a las luces y a la prudencia de los magistrados, que no deben admitir sino las que sean graves (C. Procedimiento Civil Uruguayo art. 454).

La doctrina se encuentra dividida respecto de si este tipo de presunciones se identifica o no con los indicios. En sentido afirmativo se han pronunciado numerosos autores, entre otros, Gianturco, Guasp y Palacio (2).

Por nuestra parte, coincidimos con la tesis —aparentemente mayoritaria en la doctrina— que distingue entre ambos conceptos, sin perjuicio de reconocer que los indicios operan como fundamento o supuesto de hecho para la aplicación de las presunciones.

Como lo ha señalado, con acierto, Devis Echandía (3) "Separando adecuadamente estas dos nociones, se obtiene un concepto más claro y exacto de ambas. El indicio es el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógica-crítica un argumento probatorio que

2. GIANTURCO, Vito. "La prova indizdaria" Ed. Giuffrè, Milano, 1958. Guasp, Jaime "Derecho Procesal Civil" Madrid, 1968, T. I, págs. 414-418, Palacio, Lino Enrique "Manual de Derecho Procesal Civil" 2a. edición, 1968, Tomo 5. págs. 538-539.

El Código de Procedimiento Civil Uruguayo en su art. 349 inc. 1º identifica a las presunciones con los indicios, ya que establece: "Las pruebas se hacen con instrumentos, declaraciones de testigos, con dictamen de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular, con el juramento o confesión contraria y con presunciones o indicios".

3. DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial", 5ª edición, 1981, Tomo II, pág. 613.

permite inducir de aquel, otro hecho desconocido; la presunción judicial o de hombre es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos) que le sirve al juez para determinar el valor probatorio, del indicio o de otra prueba cualquiera".

3. Distinción entre indicios y presunciones

Como ya lo hemos apuntado, consideramos que tal distinción no sólo es posible, sino que además ella será positiva para la debida apreciación y valoración de la prueba.

3.1. Concepto de indicio

La expresión indicio proviene del latín "indicium" que deriva a su vez del verbo "indicere" que significa indicar, hacer conocer algo.

Esta función de dar a conocer lo oculto o desconocido, la cumple el indicio en razón de la relación lógica que existe entre el hecho indicador (conocido) y el hecho indicado (desconocido). Por consiguiente, en la prueba por indicios aparece como un todo inseparable el hecho o acaecimiento y el argumento probatorio que de él puede obtenerse.

Pero de la circunstancia de que sea inseparable el indicio del argumento lógico-crítico que del mismo se obtiene, no puede inferirse que sean lo mismo, ya que ontológicamente son cosas distintas y perfectamente separables, como lo señala con claridad Devis Echandía (4) "...una cosa es que no pueda haber prueba de indicios sin que inter vengan las presunciones judiciales en su valoración y otra que puedan confundirse".

¿Pero qué es el indicio?

En tal sentido consideramos que puede ser indicio todo hecho conocido (material o humano, físico o síquico, simple o compuesto) debidamente comprobado que nos permita llegar, por la vía del razonamiento al conocimiento de otro hecho desconocido que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica" (5).

3.2. La presunción judicial y su distinción con el indicio

Ya hemos expresado —supra 2.2.— que la presunción judicial es el resultado del razonamiento, por el cual el juez basándose en las re-

4. DEVIS ECHANDIA, Hernando, ob. cit., pág. 613.

5. El Código del Proceso Penal Uruguayo en su art. 216 inc. 1º da el concepto de indicio en estos términos: "Son indicios las cosas, estados o hechos, personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto".

glas generales de la lógica y de la experiencia— que le indicarán cuál es el modo normal o natural de que sucedan o se desarrollen los hechos y las cosas, o fundándose en los conocimientos que le aporten los peritos, podrá valorar el indicio u otra prueba cualquiera, dando por probado o no el hecho desconocido objeto de la prueba.

En síntesis: el indicio sí es un medio de prueba, en cambio, no es tal, la presunción judicial que es el resultado del razonamiento lógico-crítico del Magistrado.

4. Requisitos para la existencia jurídica del indicio

Para que se pueda admitir la existencia de un indicio como medio de prueba, es menester que se cumplan los siguientes requisitos: a) **el hecho indicador debe estar plenamente probado.**— La doctrina (6) ha expresado con acierto, que el argumento probatorio que de esta prueba se obtiene por el Magistrado, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, razón por la cual es obvio que la prueba de estos debe ser convincente. Si no existe una plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resultaría ilógico inducir a éstos, la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura —nos dice Devis Echandía— no puede resultar una conclusión segura.

La prueba del hecho indicador, por otra parte, no es imprescindible que resulte de un único medio probatorio, ya que ella puede resultar de un conjunto de pruebas (testimonios, inspecciones, peritajes, documentos, etc.). b) **el hecho indicador debe tener cierta conexión lógica con el hecho desconocido que se investiga.** Ello es así y no podría ser de otra forma, puesto que si el juez no encontrase dicha conexión, el hecho conocido no podría funcionar como indicio, ya que no podría tener significación probatoria respecto del segundo.

5. Requisitos para la validez de la prueba por indicios

5.1. La prueba del hecho indicador debe de haber sido practicada en legal forma

Si la prueba del referido hecho indicador adolece de nulidad, el juez no podrá otorgarle valor probatorio y por consiguiente el hecho indicador deberá ser desconocido.

La exigencia de que la prueba del hecho indicador deba realizarse en legal forma excluye, por consiguiente, la posibilidad de utilizar pruebas ilícitas o prohibidas para demostrarlo.

6. GORPHE, Francois. "De la apreciación de las pruebas". Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, pág. 250 y Devis Echandía, H. ob. cit., pág. 628.

5.2. La ley no debe prohibir investigar el hecho indicador o el indicado

Si por determinadas razones morales o sociales, el legislador hubiese prohibido investigar un hecho y no obstante ello, por error, se practicasen determinadas probanzas sobre él, es obvio que las mismas quedan viciadas de nulidad (7).

Por consiguiente, el juez no podrá reconocerle valor alguno al indicio que resulte de un hecho que la ley prohíbe investigar, ni a los indicios que si bien consisten en hechos cuya prueba está permitida, tienen por objeto demostrar la existencia de otro hecho cuya investigación prohíba la ley (8).

6. Eficacia probatoria de los indicios (9)

Ella quedará supeditada a los siguientes requisitos: a) **admisibilidad de la prueba por indicios respecto del hecho investigado**. Cuando se trata de probar hechos, la prueba por indicios siempre es conducente; pero cuando se trata de actos jurídicos pueden existir restricciones legislativas.

Diversos Códigos Civiles, entre ellos, el de Francia, Italia, Venezuela y Uruguay (arts. 1353, 2729, 1399 y 1605 respectivamente) establecen que en los casos en que la ley rechaza la prueba testimonial no tiene lugar la prueba por indicios —que erróneamente denominan presunciones judiciales— a no ser que el acto sea atacado por causa de fraude o dolo.

b) **debe existir certeza en la conexión entre el hecho indicador y el investigado y debe descartarse la posibilidad de que dicha vinculación sea aparente fruto de la casualidad o del azar**. La posibilidad de que el azar incida, existe siempre en los indicios contingentes, razón por la cual para evitar dicho riesgo será menester: o bien que existan otras pruebas que conduzcan sin esfuerzo a la misma conclusión; o bien que en atención a la pluralidad de los indicios dicho riesgo sea reducido al mínimo.

c) **se debe analizar y excluir la posible falsificación del hecho indicario por obra de terceros o de las partes**. Respecto de este punto es conveniente señalar estos dos aspectos: 1) será muy importante el auxilio que los peritos le puedan brindar al juez para determinar la autenticidad de los rastros, huellas, objetos, vestigios, documentos, etc.,

7. C. Civil Uruguayo, art. 8º. Lo hecho contra las leyes prohibitivas será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario.

8. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pág. 638.

9. Seguimos en este punto en líneas generales el excelente desarrollo realizado por Devís Echandía en ob. cit., págs. 638-677.

así como su mayor o menor conexión con el hecho investigado. II) pero también aparecen como fundamentales las primeras comprobaciones sobre el lugar de los hechos, ya que —como expresa Gorphe (10) "... con frecuencia son decisivas y nada puede luego suplirlas; porque los rastros se borran rápidamente, los objetos se mudan con facilidad de colocación, los mismos lugares cambian de aspecto, mientras los recuerdos de los testigos se esfuman". Cita luego una frase de Locard (11) que vale la pena transcribir: "Las primeras horas de las investigaciones son inapreciables; y, en tales materias, el tiempo que transcurre es la verdad que se desvanece".

d) **la relación de causalidad entre el hecho indicador y el investigado debe ser directa e inequívoca.** La principal dificultad que se le ha planteado al legislador y a la doctrina, en materia de indicios, radica en la posibilidad de error que existe como consecuencia de la incerteza implícita en los indicios contingentes, es decir, en aquellos no necesarios. A los efectos de disipar tal riesgo tanto la doctrina como el legislador han establecido determinadas reglas generales dirigidas a orientar la actividad de los magistrados. Así por ejemplo en el art. 455 del C. P. Civil uruguayo, como lo expresa Couture (12). "Los criterios de razonabilidad, de prudencia, de buen sentido que allí se imparten, constituyen admoniciones del legislador a los jueces para que se conduzcan con cautela en el dedalo de los indicios".

La referida norma establece: "Art. 455 del C.P.C.: Para que las presunciones judiciales puedan servir de base a una resolución judicial, deben tener necesariamente las condiciones siguientes: 1º) Se han de relacionar con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca. 2º) No han de ser equívocas, de manera que puedan conducir a conclusiones diversas. 3º) Han de dar un resultado preciso y no dudoso al que ha de ser conducido el ánimo sin violencia. 4º) Han de ser directas, de manera que tiendan naturalmente al hecho de que se trata. 5º) Deben ser claras y concordantes las unas con las otras, de modo que se relacionen sin esfuerzo desde el punto de partida hasta el fin buscado. 6º) Deben ser tales que establezcan la hilación continuada sin interrupción sobre los hechos que sirvan de antecedentes. 7º) Que se funden en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones".

Como se puede apreciar, si bien el texto legal hace referencia sólo a las presunciones judiciales, en rigor, las reglas establecidas tienen que ver: I) con el indicio mismo, como ocurre en el numeral 7º que exige que el hecho indicador debe estar probado y no debe basar-

10. GORPHE, F. Ob. cit., pág. 258.

11. LOCARD, E. "L'enquete criminelle" pág. 238.

12. COUTURE, Eduardo J. "Una fuente desconocida del Código de Procedimiento Civil Uruguayo: el Código de Procedimiento de la Provincia de Entre Ríos" en Estudios Jurídicos en Memoria de J. Irureta Goyena (h), Montevideo, 1955 Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 141.

se en otras presunciones. II) o con el razonamiento que vincula el indicio con la consecuencia, así por ejemplo: "se han de relacionar con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca" (Nº 1); han de ser directos de manera que tiendan naturalmente al hecho de que se trata (Nº 4); deben ser claros y concordantes de modo que se relacionen sin esfuerzo desde el punto de partida hasta el fin buscado (Nº 5); deben establecer una hilación continuada sin interrupción sobre los hechos que sirvan de antecedentes. III) o con la conclusión misma o presunción como resulta del numeral 3º: "Han de dar un resultado preciso y no dudoso al que ha de ser conducido el ánimo sin violencia" y no deben ser equívocos, de manera que puedan llevar a conclusiones diversas (Nº 2).

En el mismo sentido el Código del Proceso Penal Uruguayo —vigente desde el 1º de enero de 1981— en su art. 216 inc. 2º estableció que: "Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial, deberán relacionarse con el hecho o circunstancia que tienden a probar, ser inequívocos y ligar lógicamente e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria".

e) **si el indicio es contingente, deberá existir una pluralidad de los mismos, que además deberán ser graves, concordantes y convergentes.** Con esta exigencia la doctrina pretende transformar la mera probabilidad de los indicios contingentes en certeza.

f) **que no existan conindicios y si los hubiese que previamente hayan sido descartados.**

g) **que lleven a un resultado preciso y a conclusiones inequívocas.**

Si los indicios contingentes no le diesen al juez la certeza necesaria no podrá decidir basándose en ellos y deberá acudir; o bien a otros medios de prueba, si los hubiere, o, en su caso, deberá aplicar los principios generales sobre la carga de la prueba.

Por regla general, la doctrina exige, que las conclusiones que el juez extraiga de los indicios sean logradas luego de un examen minucioso de los mismos, realizado a través de las siguientes etapas (13): obtención de los indicios, interpretación de los mismos, aproximación de los indicios entre sí, operación complementaria de la precedente y que consiste en obtener las relaciones entre los diversos indicios, para extraer una conclusión probatoria de su conformidad o de su discordancia y por último, que sean descartados todos los posibles conindicios, lo que permitirá arribar a una conclusión final precisa y segura basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez. Framarino Dei Malatesta (14) indica que: "No debemos rendir desmedido home-

13. GORPHE, F. Ob. cit., pág. 257.

14. Citado por Devis Echandía en "Teoría General de la Prueba Judicial", ob. cit., pág. 675.

naje a los indicios, pero estos tampoco merecen excomunión mayor; para confiar en ellos se necesita prudencia, pero no se puede negar que la certeza puede también brotar de ellos" y agrega: "Varios indicios verosímiles, pueden constituir, en su conjunto, una prueba acumulativa probable, y varios indicios probables, tomados conjuntamente, pueden reforzar la probabilidad acumulativa, llevándola hasta su grado más alto; y en ocasiones, cuando sobrepasen este máximo grado, pueden lograr que ya no se reputen como dignos de ser tenidos en cuenta los motivos para no creer, originando así la certeza subjetiva", es decir, que se tendrá entonces "la intensa presunción de verdad del hecho ordinario, que es el que señalan las pruebas concordantes".

7. Los indicios, las presunciones y la prueba de la paternidad.

7.1. Introducción

Con la finalidad de probar la presunta paternidad que se alega, es frecuente encontrar en la jurisprudencia relativa a juicios de investigación de la paternidad, la utilización de indicios, cuya concordancia y convergencia llevan al juez sin violencia a inferir dicha conclusión y por ende a la admisión de la pretensión.

Recorriendo los repertorios de jurisprudencia es dable encontrar, entre otros, los siguientes indicios: las relaciones sexuales entre la madre del menor y el presunto padre en época coetánea a aquella en la que legalmente debe situarse la concepción (arts. 215 y 217 C. Civil Uruguayo), el noviazgo a la fecha de la concepción, los regalos, las cartas, postales, tarjetas o fotografías, la coincidencia de viajes en común, el trato de la madre como tal y del niño como hijo, etc., etc.

Como hechos indicadores o indiciarios probatorios de la paternidad también se refieren cada vez, con mayor asiduidad, a los emergentes de los diversos exámenes científicos: I) de la sangre en sus diversos tipos y modalidades; II) de los caracteres antropomórficos o morfológicos externos (cabeza, extremidades, color de la piel, del cabello, forma y tamaño de las orejas, nariz, dientes, impresiones digitales, etc.); III) de los signos antropokinéticos o funcionales externos (rasgos fisonómicos, expresión facial, actitud frente a los hechos de la vida diaria: expectante o tranquila, respetuosa o agresiva, locuaz o reservada, etc., formas de caminar, de estar parado o de sentarse, grafología, timbre de voz, gesticulación, inclinación por las artes, las ciencias, los deportes, etc.); IV) de los signos patológicos trasmisibles hereditariamente, como ocurre con la hemofilia que es una hemopatía hereditaria que sólo padecen los varones y se trasmite por las mujeres como carácter mendeliano ligado al sexo; V) de los caracteres psicológicos y temperamentales.

En síntesis: servirá de prueba todo rasgo indicador que permita develarle interrogante de la paternidad.

Vinculado con los indicios y las presunciones en la investigación de la paternidad nos interesará analizar fundamentalmente dos temas, a saber:

a) importancia de la moderna tecnología en la investigación de la paternidad;

b) interpretación jurídico-procesal de la negativa del padre o madre a dejarse practicar el examen o exámenes dispuestos a tal efecto por el Magistrado.

7.2. La moderna tecnología en la investigación de la paternidad

Señalaba Gatti (15) que "Los aportes que la Biología y la Medicina Legal pueden traer al campo del Derecho para desentrañar el enigma fisiológico de la paternidad ("pater semper incertus est") son de importancia capital, a los efectos de poder eliminar como posible padre de una persona a un determinado hombre, posibilidad de exclusión que crece a medida que aumentan los progresos científicos".

7.2.1. La sangre como medio de prueba de la filiación

Las investigaciones científicas, realizadas acerca de la sangre, han determinado que en ella existen determinadas sustancias —a las que se ha denominado aglutinógenos y aglutininas— que han permitido clasificar a los seres humanos en un número determinado de grupos sanguíneos, cada uno de los cuales se caracteriza por la idéntica reacción de su sangre. A este fenómeno se le ha denominado aglutinación y de las experiencias realizadas se ha comprobado que los glóbulos rojos puestos en una solución salina normal se mantienen en suspensión distribuidos en la masa líquida. Pero si a esa suspensión se le agrega suero o sangre humana las reacciones son las siguientes: o bien, la suspensión no se altera, o por el contrario los glóbulos se reúnen formando conjuntos más o menos compactos. En esta segunda hipótesis hay aglutinación, que no la existe en el primero.

La aglutinación, desde el punto de vista biológico, es un fenómeno normal y general, el mismo se produce por presencia en la sangre de unas sustancias llamadas "aglutininas" cuya función es defender al organismo frente a partículas extrañas.

Profundizando el estudio es preciso señalar:

a) que en los glóbulos rojos (hematíes o eritrocitos) existen dos sustancias aglutinables, llamadas aglutinógenos, y que se designan con las letras A y B. Las investigaciones realizadas han constatado que

15. GATTI, Hugo E. "Los grupos sanguíneos y la prueba de la filiación natural". "La Justicia Uruguayana" T. 24, año 1952, Sección Doctrina, págs. 29-40.

según los diversos tipos sanguíneos puede existir el aglutinógeno A, que puede encontrarse sólo el B, que puede hallarse a ambos AB o que pueden faltar los dos O.

b) que es necesario tener presente, asimismo, que en el suero se encuentran aquellas sustancias —denominadas aglutininas— que son las que provocan precisamente la aglutinación de los eritrocitos, siempre que estos posean el aglutinógeno antagonista.

Estas aglutininas son designadas por las letras griegas alfa y beta o por las letras a y b.

Para la debida comprensión del tema, es necesario igualmente tener presente que ningún ser humano puede formar aglutininas que conglomeren sus propios aglutinógenos, de manera tal que el grupo A sólo puede formar el b y el B sólo generar el a, el AB no contiene ninguna aglutinina, mientras que el O si bien no contiene ningún aglutinógeno, tiene en cambio las dos aglutininas a y b. Cuando se da la conjunción del aglutinógeno con la aglutinina correspondiente se produce la aglutinación.

De lo antes expresado los investigadores han extraído la conocida clasificación de grupos sanguíneos (16), a saber:

Grupo Oab (es el más frecuente alrededor del 45%). También se le llama dador universal, no contiene ningún aglutinógeno pero al poseer las dos aglutininas a y b, sus hematíes no son aglutinados por ningún otro suero, pero su suero aglutina todos los glóbulos rojos de todos los otros grupos menos el suyo.

Grupo Ab (alrededor del 41%). Contiene el aglutinógeno A y la aglutinina b, por tanto aglutina los eritrocitos de los grupos B y AB y sus hematíes son aglutinados por los sueros de los grupos O y B.

Grupo Ba (alrededor del 9% al 11%). Contiene el aglutinógeno B y la aglutinina a y aglutina por lo tanto los glóbulos rojos de los grupos A y AB y sus hematíes son aglutinados por los sueros de los grupos O y A.

Grupo ABo (el 4% de los individuos). El suero del grupo AB, al carecer de aglutininas, no aglomera los hematíes de ningún grupo, en cambio sus eritrocitos son aglutinados por los sueros de los otros grupos O, A y B.

Los investigadores han determinado ya con carácter de verdades científicas las siguientes:

16. GATTI, Hugo. Seguimos en líneas generales el desarrollo por él efectuado en "Los grupos sanguíneos y la filiación natural" ob. cit., pág. 30.

1º) Los grupos sanguíneos tienen permanencia, el individuo nace con un determinado grupo y éste lo acompaña toda su vida.

2º) Por principio son estables y sus características no varían ni por la influencia del medio exterior (cambios en el clima, en la alimentación, en el régimen de vida, etc.), ni por la de agentes físicos (electricidad, rayos X) o de agentes químicos (medicamentos, tóxicos). Lo antes expresado es verdad en términos generales. No obstante, es preciso señalar que las investigaciones más actuales han demostrado que en el hombre aparecen mutaciones en forma espontánea, como también sucede en los animales y las plantas.

Pero además, los científicos nos están advirtiendo, en forma insistente, que las radiaciones ionizantes pueden producir un aumento en la frecuencia de las mutaciones y por eso consideran un grave problema el incremento de la radiactividad del ambiente, provocado por el uso de la energía atómica. Recientemente se han hallado mutaciones cromosómicas y genómicas desconocidas en el hombre hasta hace pocos años (17).

3º) Los grupos sanguíneos están determinados por la constitución genética de cada individuo y responden estrictamente a las leyes de Mendel.

7.2.2. La genética y los grupos sanguíneos

Para comprender, adecuadamente, la importancia de los grupos sanguíneos como prueba de la filiación, nos resulta imprescindible realizar una brevísima exposición dirigida a recordar las conocidas leyes de Mendel y los desarrollos posteriores realizados sobre el tema. Mendel cruzando guisantes amarillos con otros verdes, obtuvo híbridos, que en la primera generación sólo exteriorizaban el factor amarillo (dominante) y no el verde (recesivo).

De ahí la 1ª ley, denominada del predominio de los caracteres y que establece: Cuando se cruzan individuos de raza pura que difieren por un solo carácter (alelo-morfos), los individuos (híbridos) de la primera generación aparecen con los caracteres de uno de los progenitores que es el dominante.

Cruzando los híbridos entre sí, Mendel encontró que aparecían ejemplares de raza pura u homocigotos, los que están provistos de dos alelos iguales (AA o bien aa, según sean dominantes o recesivos) y ejemplares híbridos o heterocigóticos que están provistos de dos alelos distintos (Aa).

17. Enciclopedia de la Ciencia y de la Técnica. Ed. Danae, Barcelona, 1977, Tomo 4, pág. 1.409. Voz "Genética humana".

De ahí extrajo su 2ª ley, que dice: En la segunda generación híbrida y en las siguientes se produce la disyunción de caracteres con formación de un 25% de dominantes homocigotos, un 25% de recesivos homocigotos y un 50% de dominantes heterocigotos.

De sus experiencias de bihibridismo surge la 3ª ley o ley de la independencia: Cuando se cruzan dos especies que difieren por varios caracteres, estos se transmiten independientemente.

Basados en esta tercera ley de Mendel, los científicos reconocen que la herencia se transmite por ciertas partículas que son capaces de segregarse y que se denominan genes. Los caracteres aparentes del individuo o sea el fenotipo apenas significan un indicio relativo a su verdadera constitución hereditaria o genotipo.

Así, por ejemplo, los híbridos mendelianos y el dominante puro, tienen el mismo fenotipo, mientras que el genotipo, es distinto, pues uno es heterocigoto y el otro homocigoto. De la cruce de guisantes amarillos con otros verdes, la primera generación tiene semilla amarilla (fenotipo) lo cual no implica que en su patrimonio genético (genotipo) carezca del material necesario para producir semillas verdes, las que, van a aparecer en las generaciones siguientes.

Los científicos han aplicado los conocimientos de la genética al ser humano y han podido determinar que en el hombre existen 46 cromosomas, es decir, 22 parejas de autosomas y una de cromosomas sexuales, XX en la mujer y XY en el varón.

También se ha podido determinar: que las células sexuales maduras tienen un solo gameto de cada par, lo que se produce por un proceso biológico especial de reducción cromosómica a la mitad, denominado meiosis y las células son haploides.

Si representamos por dos A los pares de autosomas, podemos esquematizar en la siguiente forma los cromosomas de las células somáticas: AAXX, en la mujer y AAXY en el varón.

Al producirse la meiosis, cada óvulo llevará un cromosoma X, en cambio en la espermatogénesis, al producirse la meiosis el cromosoma X irá a un gameto y el cromosoma Y a otro gameto.

En consecuencia, todo óvulo tendrá la fórmula AX, en cambio los espermatozoides tendrán: o bien la fórmula AX o bien la fórmula AY y el huevo será macho o hembra, según sea fecundado por un espermatozoide u otro.

Utilizando las investigaciones provenientes de la genética por un lado y de la sangre por otro se han establecido los siguientes grupos sanguíneos:

Grupo O constituido por los factores o genes OO.

Grupo A constituido por los pares de genes AA o AB.

Grupo B constituido por los pares BB o BO.

Grupo AB constituido por el par AB.

En base a los cuatro fenotipos admitidos por todos los autores (O, A, B y AB), se han configurado las probables coplas sexuales que pudieran producirse y el resultado de las mismas que permiten constatar frente a un caso concreto la posibilidad o imposibilidad de una determinada filiación.

GRUPOS SANGUINEOS DE LOS PADRES Y DE LOS HIJOS

Nº	Grupo de los padres	Hijos posibles	Hijos imposibles
1	O x O	O	A, B, AB
2	O x A	O, A.	B, AB.
3	O x B	O, B.	A, AB.
4	A x A	O y A	B, AB.
5	A x B	O, A, B, AB	Ninguno
6	B x B	O, B.	A, AB.
7	O x AB	A y B	O, AB.
8	A x AB	A, B, AB.	O
9	B x AB	A, B, AB.	O
10	AB x AB	A, B, AB.	O

De los datos recogidos por los investigadores se han extraído estas dos leyes:

La primera, denominada Ley de Dungern y de Hirsfeld afirma que los aglutinógenos A y B no pueden aparecer en la sangre del hijo, si no existen por lo menos en la sangre de uno de sus padres y la segunda, llamada Ley de Berstein, establece que los individuos del grupo AB no pueden tener hijos del grupo O, ni los individuos del grupo O pueden tener hijos del grupo A. B.

Posteriormente, en 1917 los profesores Landsteiner y Levine descubren la presencia en la sangre de dos nuevos aglutinógenos: M y N, que también se transmiten por las leyes de la herencia y que nunca pueden faltar en el individuo cualquiera sea su raza, sexo o edad.

Más tarde, en 1940 Landsteiner y Wiener descubren el factor Rh y posteriores investigaciones demuestran que el mismo se compone en realidad de 3 antígenos designados Rh', Rho y Rh'', siendo el más importante el Rho que se encuentra en el 85% de las sangres. En 1941, Levine descubre el Hr o Rh negativo, demostrando que los fac-

tores Rh y Hr tienen la misma relación que existe entre los factores M y N: ninguna sangre humana deja de contener uno u otro factor. Si no posee el Rh tiene el Hr.

7.2.3. El sistema H.L.A. o complejo mayor de histocompatibilidad (18).

Precisión previa

Hasta la aparición del sistema denominado H.L.A. (Human Lymphocyte Antigen) la investigación de los grupos sanguíneos era un medio de prueba adecuado para determinar por ella la exclusión del presunto padre en ciertas hipótesis (ver cuadro supra en 7.2.2.). En cambio el mismo no le daba certeza alguna al Magistrado respecto de la prueba positiva, es decir, de si efectivamente el presunto padre lo era, sobre todo en aquellas hipótesis de "plurium concubentium" no descartables por exclusión.

Es, en este punto, que el sistema "H.L.A." ha venido a significar una verdadera revolución en el tema y desde él, en adelante dejará de ser verdad aquel viejo aforismo que indicaba que "La maternidad es un hecho y la paternidad una suposición".

Los orígenes del sistema "H.L.A."

Los mismos se remontan a 1952, en que el doctor J. Dausset inició sus investigaciones tendientes a resolver los problemas médicos que se planteaban por los rechazos inmunológicos en los trasplantes de órganos.

La información genética encontrada en las células nucleadas del organismo, está representada por 124 formas distintas de antígenos que se combinan entre sí, para formar 5 pares de ellos, es decir 10 antígenos que se instalarán en 5 lugares distintos de cada uno de los cromosomas, correspondientes al 6° de los 23 pares de cromosomas del ser humano.

Corresponde señalar, que los antígenos son partículas genéticas de origen proteico, derivados del ácido desoxirribonucleico, que reaccionan ante la presencia de un cuerpo extraño en el organismo.

Los antígenos se ubican en determinados lugares del 6° par cromosómico y dichas localizaciones son identificadas con las denominaciones "A", "B", "C", "D" y "Dr".

18. CALAROTA, Eugenio Osvaldo: "Determinación de la paternidad por el Sistema H.L.A. o complejo mayor de histocompatibilidad" en "La ley", 1985 A págs. 471-487.

Los 124 antígenos se distribuyen: en 20 alelos o formas distintas al antígeno que pueden ocupar el lugar "A" y que se individualizan con dicha letra, más un número que identifica a la forma respectiva; 74 que pueden ocupar el lugar "B"; 8 el "C"; 12 el "D" y 10 el "Dr".

De los 124 antígenos serán seleccionados genéticamente 10, los que se ubicarán en las 5 localizaciones ("loci") que antes hemos indicado del 6º par cromosómico. La referida selección no será realizada al azar, sino de una forma predeterminada, ya que 5 serán heredados de la madre y 5 del padre, siguiendo las leyes de la herencia de Mendel.

Este descubrimiento, como se ha señalado (19), ha significado un aporte fundamental para la determinación de la paternidad, ya que las investigaciones genéticas han demostrado que los 5 antígenos que conforman una de las dos mitades de la madre, son heredadas en bloque por el hijo y lo mismo ocurre con la mitad heredada del padre.

A los efectos de los análisis periciales podrían ser eventualmente estudiados todos los antígenos, pero dado su alto costo y en atención a la alta porcentualidad diagnóstica que con el sistema se obtiene, resulta suficiente limitar el estudio a dos o tres antígenos de cada mitad parental o haplotipo, ya que de utilizarse todos los antígenos se complicaría y encarecería bastante el estudio, sin aumentarse sino en pocos centésimos la seguridad del diagnóstico.

Se ha indicado (20) que si la madre tiene en una mitad parental o haplotipo la siguiente fórmula de antígenos: A2; B14; Cw8 y en la otra A9; B37; Cw3, el hijo heredará de ella uno de estos grupos. De esta manera, si el hijo tiene esta composición: A2; B14; Cw8/A3; B12; Cw7, quedará claro que ha heredado de la madre la primera mitad y se deberá ubicar en uno de los haplotipos del padre la fórmula A3; B12; Cw7 que por ello se denominarán "genes obligados"; de no ser así, quedará absolutamente excluido de ser el padre. En caso contrario, es decir si coinciden con los del presunto hijo, podrá ser declarado padre biológico del mismo con un altísimo grado de seguridad, cercano al 100% (21).

En sentido inverso, se señala, que la probabilidad matemática de encontrar en dos personas, no vinculadas consanguineamente una misma mitad parental o haplotipo es de 1 en 806.949 casos.

19. CALAROTA, Eugenio Osvaldo. Ob. cit., pág. 473.

20. Ejemplo de Calarota, Eugenio Osvaldo en ob. cit., pág. 473.

21. El Laboratorio de Histocompatibilidad del Banco Nacional de Organos y Tejidos del Hospital de Clínicas (Uruguay) en el caso 10.018 publicado en la Justicia Uruguaya (sentencia del Juzgado Lto. de Menores de 3er. Turno del 25 de marzo de 1983) afirmó la paternidad del presunto padre en un 98.7% de posibilidades habiendo utilizado los antígenos A y B; si a los mismos se agrega el antígeno C la probabilidad de inclusión de paternidad sube a más del 99,5%.

Cabe señalar, por último, que a tan alto grado de probabilidad se llega con el estudio de 2 ó 3 antígenos y que los investigadores indican que si a ellos se agregan otros análisis como el de los grupos eritrocitarios (ABO) de las proteínas séricas, así como el de las enzimas, los resultados obtenidos alcanzan valores que sólo por milésimas no llegan al 100% de probabilidad de inclusión o bien de exclusión de la paternidad.

7.2.4. Conclusiones

1.- Los hechos indicadores emergentes de los exámenes periciales de la sangre humana y genéticos (ABO, RH, MN, H.L.A. de las proteínas séricas y de las enzimas eritrocitarias) ya han dejado de constituir indicios contingentes, para pasar a ser indicios necesarios con el rigor propio de las verdades científicas.

2.- Hoy, podemos afirmar, que la paternidad es perfectamente demostrable desde el punto de vista científico y que basados en los exámenes mencionados, es posible incluir o excluir con certeza, a una persona en el concepto de padre biológico.

Estas conclusiones adquieren particular relevancia en aquellas hipótesis en que el examen pericial es la única prueba existente, en razón de que la cópula sexual no estuvo acompañada de otros indicios reveladores de la relación entre la madre y el presunto padre.

7.3. Están las partes obligadas a someterse al examen o exámenes periciales que pueda disponer el Magistrado con la finalidad de investigar la paternidad? En caso de negativa cómo debe interpretarse la misma?

7.3.1. Precisión previa

En el derecho uruguayo son casos claros de situaciones jurídicas procesales de deber las del testigo y la del perito. Ambos deben adoptar un comportamiento debido, el que está fijado por la norma: el testigo debe concurrir a la audiencia que se le señale y en ella debe responder a las preguntas que se le formulen (arts. 381 y 382 C.P.C.), el perito debe aceptar el encargo si no tiene justo motivo de excusa y una vez producida la aceptación, debe practicar la pericia (arts. 420 y 421 C.P.C.).

7.3.2. Están las partes obligadas a someterse al examen pericial?

En el caso de que el juez hubiese dispuesto que la parte o partes se sometiesen a un examen pericial, tal hipótesis, no ha sido configurada legalmente en el Uruguay como una situación jurídica de deber procesal.

Ante el vacío normativo la doctrina y la jurisprudencia uruguaya se han inclinado por la tesis negativa, es decir, que sin disposición legal que habilite expresamente no es posible someter coactivamente a una persona a los exámenes periciales dirigidos a determinar su presunta paternidad o maternidad.

Tal tesis se fundamenta en que el derecho a la integridad física y moral del individuo ha sido consagrado constitucionalmente y su limitación sólo podría emerger de una norma legal expresa (Constitución art. 7º).

En nuestra opinión, es imprescindible que dicha norma legal sea dictada a la brevedad, a los efectos de clarificar el problema y dirimir el conflicto que se plantea entre: por un lado, el derecho a la integridad física o moral del padre o de la madre, por otro el derecho del menor a saber quiénes son sus progenitores y en tercer lugar el interés del Estado por los menores y por la seguridad jurídica respecto del estado civil de las personas. El Código del Niño en su art. 173 ha consagrado el principio general de que "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres", razón por la cual parece necesario establecer los instrumentos procesales adecuados para que dicha aspiración se cumpla, máxime en el momento actual en que la realización de dichos exámenes de manera alguna puede sostenerse que puedan aparejar algún riesgo para la integridad física o moral de los individuos.

7.3.4. ¿Cómo debe interpretarse la negativa al examen pericial?

Si bien no está consagrada legalmente la obligación de someterse al examen pericial, como ya lo hemos señalado, existe sí, en cambio, el deber genérico de colaborar con el órgano jurisdiccional. Por tal razón, si una de las partes —previas las advertencias realizadas por el Magistrado respecto de las seguridades ofrecidas por los análisis científicos— se negase a colaborar con la Justicia, tal negativa deberá ser interpretada por el Magistrado como un importante indicio del cual se podrá inferir la presunción de verdad respecto de la paternidad imputada y así deberá declararla.

8. Conclusiones

1.- Las presunciones legales no constituyen un medio de prueba y aparejan: o bien un desplazamiento del objeto, o bien de la carga de la prueba.

2.- Las presunciones judiciales no se identifican con los indicios, si bien estos son el fundamento o supuesto de hecho a partir de los cuales se infieren aquellas.

3.- Los indicios configuran un medio de prueba, no así las presunciones judiciales dado que ellas son el resultado del razonamiento lógico-crítico del Magistrado.

4.- Los indicios pueden ser: todo hecho conocido (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto) debidamente comprobado, que permita llegar por la vía del razonamiento al conocimiento de otro hecho desconocido que es objeto de la prueba, mediante una operación lógico-crítica.

5.- Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial es menester que estén comprobados, deben relacionarse con el hecho o circunstancia que tienden a probar, ser inequívocos, ligar lógica e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria y llevar a un resultado preciso.

6.- Los indicios son fundamentales en la investigación de la paternidad y servirán como tales, todo hecho o circunstancia debidamente comprobado que permita desentrañar dicho enigma.

7.- Los adelantos tecnológicos y las modernas investigaciones tienen particular importancia en el análisis de los indicios y en especial en aquellos relativos a la determinación de la paternidad, donde se han producido cambios trascendentes como consecuencia de los estudios más recientes sobre la sangre, la estructura cromosómica y la genética humana.

8.- Los hechos indicadores emergentes de los exámenes periciales de la sangre y genéticos (ABO, Rh, MN, H.L.A., de las proteínas séricas y de las enzimas eritrocitarias) han dejado de constituir indicios contingentes para pasar a ser indicios necesarios, pudiéndose afirmar que la paternidad es hoy perfectamente demostrable científicamente.

9.- El derecho uruguayo, no autoriza a que se pueda obligar a una persona a someterse a un examen pericial dirigido a comprobar la paternidad que se le imputa, pero, la negativa injustificada de la parte, configura, según la doctrina y la jurisprudencia, un importante indicio, del cual se podrá inferir la presunción de verdad respecto de dicha paternidad.

10.- En definitiva, el tema nos ha permitido reflexionar sobre algo que creemos debería estar permanentemente en nuestro pensamiento y en nuestra acción, como lo es, la necesidad de la interrelación frecuente y renovadora entre Ciencia y Derecho, lo que nos permitiría lograr avances indudables y posibilitaría que el Derecho estuviese más cerca de la vida y por ende, más al servicio del hombre.

Montevideo, agosto de 1986