

LA PRUEBA CIENTIFICA DE LA FILIACION NATURAL

APLICACION DEL MENDELISMO A LOS CASOS FORENSES

(Vista fiscal presentada por el Fiscal de Cámara de la Excma. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, de la Capital de la República, en mayo 31 de 1918 *In-re*, Arcardini, R. su sucesión: incidente promovido por doña María Trischetti de Arcardini, sobre nulidad de reconocimiento de hijos naturales hecho por el causante).

Excma Cámara:

Debe el Fiscal *ante omnia* lamentar—sin por ello ponerse en términos de agraviado—que la resolución de V. E., a f 671, le priva de los imprescindibles esclarecimientos técnicos solicitados en su dictámen de f 668, relativos a la pericia médico legal que obra en autos a f 171, correlativa a las de f 152 y 148 del expediente agregado: “E. Pasini y C. Rivarola: denuncia s| suposición de parto y tentativa de defraudación c| Celestina Larraude de Moures y otros”; a la cual, por ser la primera aplicación de las leyes mendelianas, de la novísima escuela biológica, a un caso forense de filiación natural, era indispensable dejar fuera de duda, por lo menos en cuanto al criterio biológico—cosa, por lo común, no muy familiar a los juristas—que debe aplicarse al examen pericial del caso *sub-judice*, siendo así que, por lo tocante a la aplicación misma y a los elementos de juicio para ello necesarios, puede posiblemente valorarlo por sí solo el magistrado, pero aquel criterio científico y técnico es lo que no le es cómodo discutir, por lo menos con autoridad propia: por eso la ampliación de la pericia permitía requerir de los peritos esos esclarecimientos, que resultan real-

mente insustituibles. Los mismos peritos reconocen la excepcional importancia del punto, siquiera por la estimación sensacionalmente extraordinaria que hacen de sus honorarios a f 215, avaluándolos en \$ 150.000, lo cual limita forzosamente la aplicación del mendelismo a las sucesiones muy valiosas, so pena de insumir el caudal testamentario en estos costosísimos experimentos y disquisiciones científicas, que vendrían así casi a suprimir—caso de generalizarse—los pleitos de filiación natural o de impugnación a reconocimientos de paternidad natural; pero, aparte de eso, en la misma pericia dicen a f 205 vta: “el caso que nos ocupa es el primero al cual se aplican las conclusiones de estudios hereditarios de esta naturaleza, y constituye así el primer paso de utilidad práctica y de aplicación del mendelismo en las investigaciones médico legales”. El Fiscal, por su parte, ha revisado los repertorios y revistas de jurisprudencia de diversos países, sin haber podido encontrar otro caso análogo: razón de más, entonces, para proceder con extrema prudencia y no permitir que la menor duda pueda desautorizar más tarde esta primera—y no poco onerosa—aplicación de aquel recientísimo criterio biológico a cuestiones judiciales de parentesco. La parte actora, al expresar agravios ante V. E., ha dicho a f 517 vta: “no se ha ofrecido ni producido tal vez en nuestros tribunales prueba pericial alguna de mayor rigorismo científico: ordinariamente la pericia sobre parentesco consanguíneo se entrega a los médicos por su sola calidad de tales, suponiéndoles enterados de lo que confiesan en privado que ignoran; no hay en los numerosos cursos de la Facultad de Medicina cátedra alguna de antropología: los médicos estudian ciencias naturales, pero no son naturalistas”. En el presente caso los tres peritos son médicos y uno, por lo menos, es además naturalista: los tres, sin embargo, se han expedido de común acuerdo respecto de la doctrina científica del mendelismo, que aplican al caso *sub judice*. Por lo demás, si los tres peritos tuvieren distinta competencia—la parte actora sostiene que uno de ellos, por ser antropólogo, tiene más especial autoridad que los otros dos, que solo son médicos—eso no habría perjudicado a la pericia,

pues, como lo observa la parte demandada, f 461 vta: “el estudio de los tres peritos (no las conclusiones) es copia del informe del Dr. Lehmann Nitsche presentado en el juzgado de instrucción”; y si esto no es quizá exacto en todos los detalles, lo es por lo menos en lo fundamental, o sea en la exposición y aplicación del mendelismo. Pero uno de dichos peritos—firmando en disidencia—ha manifestado además: “estas leyes tiene indudablemente fallas, aparte de sus naturales excepciones, y su comprobación presenta dificultades evidentes, siendo la experimentación imposible en la especie humana; por otra parte, si no admitiéramos fallas y excepciones en las leyes mendelianas, el Juez formaría muy justamente un pésimo criterio de los estudiosos de estos asuntos, pues tendría presente que se pretende fijar leyes matemáticas que no se las obtiene en absoluto ni para los fenómenos físicos; se trata de leyes biológicas sujetas a perturbaciones, cuyos factores, así como sus efectos, son imposibles de preveer o prevenir desde que nos es desconocida su esencia, como así sucede siempre que se trate de manifestaciones de fenómenos biológicos”. Los letrados de las partes, a su vez, han argüido naturalmente sobre dicha pericia con criterio opuesto y del punto de vista del interés de su respectivo cliente: ningún argumento dejan, por liviano que sea y—como generalmente se estila en las controversias forenses—tienen por prueba de sus razones el éxito judicial que buscan; pero uno de ellos, al solicitar una ampliación de la pericia en esta instancia, buscaba evidentemente que quedara en claro si el criterio científico del mendelismo debía—o podía—servir de pauta para la apreciación biológica del caso jurídico presente. Tratándose de una opinión técnica, como la expresada del perito Dr. Roccatagliata,—cuya competencia no puede el Fiscal poner en duda, precisamente por haber sido propuesto y designado para verificar esta pericia,—no sería posible entrar a discutir si, del punto de vista de la lógica, es o no fundada aquella: la parte actora, a f 58 vta, dedica a tal disquisición un pequeño tratado de lógica, pero forzosamente ha debido quedar—para usar un criollismo expresivo—“a media corresponden-

cia” ya que el criticado no tiene oportunidad en autos para la réplica; la sentencia prefiere, ante la disconformidad doctrinaria que de ahí resulta entre los peritos, abstenerse de adoptar la opinión de uno y otro, haciendo uso de la facultad de apreciación que le acuerda el art. 26 ley N°. 4128. Porque no hay uniformidad en las conclusiones de los peritos: el Dr. Lehmann Nitsche es asertivo respecto de dos de los menores y solo dudoso respecto de otro, si bien cabalmente este—María Carmen—es uno de los hijos reconocidos; el Dr. Roccatagliata declara “que en el estado actual de nuestros conocimientos y los elementos unilaterales de que hemos dispuesto”, no es posible asegurar si los menores son o no hijos de tales padres; el Dr. Larguía, por el contrario, es asertivo respecto de los tres, diciendo que no pueden ser tales hijos, pero invalida su conclusión al agregar que ella “desgraciadamente no tiene el valor que sería de desear, porque es pasible de objeciones que es imposible dilucidar por el momento”. La parte actora, por ello, ha debido reconocer que la “reserva de la mayoría de los peritos es muy atendible si han pensado que su opinión debiera seguirse, y por ella solamente, sin otras pruebas, la decisión del pleito” por lo cual agrega que considera “prudente que, en caso de alguna duda sobre la explicación que parece manifiesta en sus opiniones y actitud, se sirva V. E. interrogarlos directa y personalmente sobre lo que aún pareciera dudoso, así en lo que han escrito como en lo que hayan creído omitir por superfluo”. De ahí que el Fiscal reclamara a su vez tal diligencia, pues sin ella parecele que no cabe aceptar en absoluto tal criterio técnico como indubitado y la pericia, por ende, pierde a sus ojos toda firmeza para servir de base a una decisión legal: tratándose sinembargo de la pieza capital de autos, tal esclarecimiento era conveniente se practicara antes de expedir el presente dictámen, porque redactado este sin poder dar por probada la exactitud de aquel criterio—siquiera desde que, en la duda, es más prudente abstenerse—si se realizara después la medida dejada en suspenso y de ella resultara comprobada tal exactitud, es evidente que este dictámen vendría a quedar

involuntariamente invalidado, con desventaja visible para basar en él la solución definitiva; y una de dos: o habría que rehacer de nuevo todo el estudio requerido para evacuar la presente vista o sería menester completarla malamente con una apostilla que no coincidiría quizás con los puntos de mira que, dados los elementos de juicio existentes hoy en autos, han debido aceptarse, dejándolos así establecidos. Desde que el Fiscal de Cámara virtualmente forma parte del tribunal—arts. 121 y 123, ley N°. 1893—y entre su dictámen y el fallo no cabe diligencia alguna ni intervención de partes, lo lógico es que, antes de expedirse, obren en autos todos los elementos de juicio y que no se aporte uno nuevo—como sería, en el caso *sub judice*, el de una eventual ampliación de la pericia o una diligencia para mejor proveer—después de haberse expedido aquel. Pero habiéndolo así resuelto V. E. no tiene el Fiscal otra cosa que hacer sino entrar de lleno al estudio del asunto con esa notoria falla, que hace presente únicamente para explicar porqué el presente dictámen no responde—como acostumbran todos los suyos anteriores—a una convicción basada en elementos incontrovertidos de juicio, malgrado haber diligentemente tratado de apreciar doctrinas técnicas y científicas—como las biológicas de dicha pericia—agenas a la corriente de sus estudios y que, por ende, no son de su personal competencia.

Por ello considera deber precisar ante todo su opinión respecto de dicha pericia, ya que la sentencia apelada le deniega todo valor jurídico: “hay—dice el Juez, f 484—impotencia científica, hoy por hoy, para solucionar con la seguridad que la justicia requiere los problemas del parentesco, imposibilidad que ponen de relieve con uniformidad visible dos de los facultativos nombrados: no ha llegado aún el momento de acatar como reglas ciertas los resultados de esas especulaciones biológicas, de todo punto halagadoras y dignas de atención”. Si tal fuere el caso, habría con razón que prescindir totalmente de la pericia como elemento decisivo de juicio para resolver el caso *sub judice*. Por eso decía el Fiscal—en el recordado dictámen de f 668, que “no cree que el examen que pue-

de personalmente practicar sea suficiente, ya que se trata de una materia ajena a sus estudios". Porque el nexo de la cuestión es este: ¿están realmente fuera de discusión las leyes mendelianas? ¿han sido comprobadas *nemine discrepante* en el hombre, como lo fueron en vegetales y animales? ¿deben tomarse como base científica, incontrovertida o indubitada, para aplicarlas al caso judicial de filiación natural y resolver a su luz si la relación de parentesco entre el presunto padre y los presuntos hijos es o no es posible? ¿reconocen acaso excepciones esas leyes y, caso afirmativo, cuales son? ¿cómo se armonizan con las leyes biométricas de la herencia ancestral? ¿constituyen posiblemente dos puntos de vista distintos, el de los biometras y el de los mendelianos? ¿faltan quizás todavía muchos puntos de detalle para dilucidar, principalmente en lo que se refiere a la dominancia de los caracteres?... Podría aún el Fiscal multiplicar los interrogantes que, respecto del mendelismo aplicable a casos jurídicos, le parecen dignos de ser previamente contestados: pero lo dicho bastará para mostrar el fundamento de la duda que conturba su espíritu en el estudio del caso *sub judice*. Porque, a la verdad, antes de entrar al análisis de los caracteres físicos de los unos y los otros interesados en este juicio—los presuntos hijos y los presuntos padres—bajo sus diversos aspectos, es inevitable determinar con claridad meridiana el criterio con el cual debe practicarse tal análisis. De ahí que se trate de una cuestión fundamentalísima. En efecto: las pericias de autos—tanto la del presente incidente como las del de denuncia sobre suposición de parto—van *in crescendo* en materia de tecnicismo de doctrinas abstrusamente científicas y para un jurista le resulta un tanto complicado el asunto; así *a.* en agosto 27 de 1914 los peritos Dres. García Piñeiro y Gorostiaga sencillamente dicen—a f 148, expediente agr. cit.—“en otros casos los hijos siguen siendo y son toda la vida desemejantes a sus padres, porque es tan caprichosa la naturaleza en este punto que no puede someterse a reglas científicas”; *b.* en octubre 2 siguiente, el perito único Dr. Lehmann Nitsche autoritariamente declara—a f 152 de dicho expediente—que “la na-

turalidad, en asuntos de herencia, por nada es caprichosa, como lo supone el gran público y los legos en materia biológica, y bien pueden establecerse reglas científicas como lo hicieron Mendel y la moderna escuela biológica”: aseveración que implica una réplica denegatoria contundente, *ore rotundo*, a la manifestación de los primeros peritos, señalando así, desde el primer momento, una perturbadora divergencia en el criterio científico de los técnicos llamados en estos autos a ilustrar la opinión lega del magistrado; y enseguida entra a explicar la manera de establecer las leyes del parentesco, refiriendo primero sus estudios propios en los indios chaqueños—si bien no lo indica la pericia, entiende el Fiscal que la alusión se refiere al artículo de dicho antropólogo, publicado en 1904 en la revista *Globus* (LXXV p. 297-301) con el título de “*Die dunklen Hautpflecke der Neugeborenen bei Indianern und Mulatten*”—formulando después la ley de Mendel, y recordando por último los trabajos de Fischer, Hurst y Davenport; c. en octubre 14 de 1915, los tres nuevos peritos, Dres. Lehmann Nitsche, Roccatagliata y Larguía—a f 171 de estos autos—consideran necesario engolfarse previamente en una detenidísima explicación de la técnica, descartando primero el método de la disciplina albuminaria, que busca la relación de parentesco por la reacción sanguínea biológica; método que consideran dudoso, pues las albuminas de la especie humana son casi iguales en su composición, y que, además, habría en todo caso sido imposible de aplicar desde que el padre había ya fallecido y, por ende, no cabía analizar su sangre para compararla con la de la madre y los hijos, y observar si las diferentes reacciones coincidían; pero prefiriendo por último el método de las leyes hereditarias: “ciencia modernísima—dicen—que preocupa actualmente al mundo internacional de los naturalistas”. Después de referirse al “monstruo de la gota de semen”, el esparmatozoide y el ovulo, el protoplasma de sus células y nucleos, los filamentos de cromatina y sus granulaciones, para concluir que “la naturaleza se copia y se imita incesantemente”—no obstante la opinión que citan de Coutagne, quien “coloca la herencia entre las

rarezas tan incomprensibles que ellas sobrepasan toda la dificultad de los milagros”—se especializan en el estudio de la doctrina de Galton, en la biometría de Pearson, explican detenidamente las leyes del fraile Mendel, con sus caracteres “dominantes” y “recesivos” los misteriosos gérmenes de las gametas y las no menos perturbadoras células de las cigotas, los tipos seriales de homocigota de idéntico carácter y de heterocigota de carácter alternativo, de Bateson; y la fórmula algebraica del cruzamiento de las gametas con los nucleos: dominante D y recesivo R, o sea, con la multiplicación de los binomios: $(D+D) \times (R-R) = 4 DR$; de donde se desprende que los heterocigotas D y R dan igual número de gametas D y R; pero, para cruzar los híbridos, hasta multiplicar los binomios, o sea $(D+R) \times (R+R) = DD+2 DR+RR$; mientras que, cruzando un heterocigota D R con un dominante homocigota D D, resulta $(D+D) \times (D+R) = 2 D D + 2 D R$; o sea igual número de homocigotas y heterocigotas; siendo así que el cruzamiento al azar da, como gametas, $1 (D+D) \times 1 (D+R) = 1 (D+R)$ las cuales al cruzarse dan: $(D+R) \times (D+R) = D D + 2 D R + R R$, que se mantienen constantemente en las sucesivas generaciones... Pero si se cruza un heterocigota con un dominante, el primero dará igual número de gametas dominantes y recesivas, mientras que el segundo las dará solo dominantes, a saber: $(D+D) \times (D+R) = 2 DD + 2 DR$, resultando así únicamente dominantes, mitad homocigotas y mitad heterocigotas; mientras que si se cruza un heterocigota con recesivo, será: $(D+R) \times (R+R) = 2 DR + 2 RR$, dando igual número de heterocigotas y recesivos. Esto, como fácilmente ve V. E., es de decisiva importancia en el caso *sub judice*, pues del “protocolo” de los padres de los menores se desprende que el padre era un dominante y la madre una heterocigota, de donde resultaría que los hijos son heterocigotas y recesivos en partes iguales... Ahí tiene V. E., en sencilla y clarísima expresión, la breve fórmula algebraica que el magistrado solo debería aplicar al caso jurídico concreto para arribar a una resolución legal incuestionable: si tal fuera, sería en verdad seductor

el poder así fallar, casi mecánicamente, con rapidez y acierto, estas cuestiones de filiación, siempre complicadas por la naturaleza misma de la prueba—por lo general casi exclusivamente testimonial, con sus naturales inconvenientes, y solo por excepción muy poco instrumental—que les sirve de fundamento. Pero el Fiscal considera de su deber manifestar a V. E. que, en su opinión, si bien es indudable que todas las leyes de la naturaleza llevan en última tesis a ecuaciones diferenciales, parecele arriesgado, hoy por hoy, querer representar los fenómenos biológicos con fórmulas matemáticas y se le ocurre que eso, en el fondo, es una coquetería científica para perturbar a los profanos: porque, en efecto, si hasta las simples relaciones de los tres cuerpos supeditados a la atracción mutua, son solo posibles de resolver por integración parcial en nuestra actual geometría y en la mecánica euclídea y galileana, es evidente que siendo mucho más complejos los procesos biológicos es más aplicable a estos la observación de Helmholtz, de que puede, en caso tal, suponerse funciones esponenciales de exponentes imaginarios. Y, por ello, se le ocurre que es muy delicada esta tentativa de armar al criterio judicial, para resolver los casos biológicos de parentesco, con binomios y fórmulas matemáticas... Agregan los peritos que “fueron los médicos los que, con el abundante material de observaciones que constituyen los casos patológicos, hicieron las primeras y más completas aplicaciones de las leyes mendelianas”: aseveración que el Fiscal—por su condición de profano en la materia—da por aceptada bajo la fe de los técnicos que la formulan, porque entendía antes que las leyes mendelianas habían sido estudiadas y experimentadas principalmente en plantas y animales, pero que era rara su aplicación al hombre, salvo en ciertos casos de hibridismo, y en esos mismos no eran médicos los técnicos que tales estudios habían practicado; pero este es un punto de detalle ajeno realmente al presente proceso, en el cual afortunadamente no se trata de caso alguno patológico. Pero es conveniente recordar esa categórica afirmación de la pericia—en la cual interviene, entre los médicos, uno que es además antropólogo

incuestionable—porque la parte actora parece querer descalificar a los peritos médicos, al decir, f 572: “los médicos distinguidos que han colaborado en la pericia podrían tal vez declarar que, para opinar en este caso, estudiaron la materia después de nombrados, con auxilio, es cierto, de su reconocida inteligencia y hábitos científicos, lo cual no quita que hayan tenido que estudiarla, como habrían estudiado una rama de ciencias jurídicas”; lo cual ha movido a las partes demandada a observar a su vez, f 640: “como no es concebible que una materia como esta se estudie en un mes o en un año, diríamos sin traicionar el pensamiento de los apelantes, que podríamos tal vez declarar que la continúan ignorando”. Hay evidente exageración en esta actitud de las partes porque, de ser exacta, resultaría que la pericia es debida a un solo perito—el médico antropólogo Dr. Lehmann Nitsche—y que los otros dos peritos han firmado solamente por complacencia, de modo que se trataría realmente de una pericia practicada por un perito único, lo cual no ha estado ni en las intenciones de las partes ni del mismo Juez que la decretó. Para el Fiscal, por lo tanto, la competencia técnica de los tres peritos debe considerarse fuera de cuestión, cualquiera que sea la mayor o menor importancia de sus trabajos científicos sobre la materia o materias conexas. Ahora bien, de común acuerdo dicen—después de pasar en revista la serie de caracteres de fisonomía, cabello, cutis, iris, orina, etc.—que: “hay tres que pueden servir a los fines de nuestra investigación”; y se ocupan entonces, primero, de los tipos *simplex* y *duplex* de Hurst, relativos al iris; después, del pigmento cutáneo; y, por último, de la coloración del cabello, según la ley de Davenport. Y bien: si los tres peritos que firman de acuerdo esa parte general de la pericia, hubieran mantenido dicho acuerdo en la aplicación de esas fórmulas matemáticas, con la multiplicación de sus binomios y su traducción a las gasetas y las cigotas, amén de la aplicación de los tipos dominantes y recesivos, en *simplex* o *duplex* del iris o en la pigmentación cutánea y capilar, solo sería menester—para el magistrado—comprobar si el *status* o “protocolo” de las personas examinadas cae o

no dentro de aquellas fórmulas y clasificaciones. Pero es el caso que, al aplicar tan complicadas doctrinas, solo el Dr. Lehmann Nitsche las acepta en absoluto; el Dr. Roccatagliata hace tales salvedades que las deja como "chupa de dómine", por más que dice: "estas magníficas teorías mendelianas que hemos estudiado, así como otras tantas que se refieren a las leyes de herencia biológica que como tales son admirables, tanto por su concepción como por la precisión de sus conclusiones, cuando se las examina con criterio sereno ~~sin~~ dejarse llevar por las seductoras fórmulas matemáticas que de ellas se deducen, deben quedar reservadas en su aplicación práctica a las especies en que la experimentación es posible y completa..."; y el Dr. Larguía—nada menos que perito tercero en discordia—dice que "esta deducción no tiene el valor que sería de desear, porque es pasible de objeciones que es imposible dilucidar por el momento". El magistrado—para cuya ilustración, al opinar sobre el caso jurídico, se ha requerido precisamente tal pericia—queda desconcertado ante el hecho inesperado de que, después de haber estado los tres peritos de perfecto acuerdo en el desarrollo del criterio científico, vengán a divergir tan fundamentalmente al aplicarlo: porque, si no lo consideraban doctrinariamente aplicable, ¿para qué lo expusieron? ¿para qué practicaron en tal forma la pericia? ¿no era acaso preferible que se adhirieran simplemente a la opinión de los primeros peritos, citada *supra*, y declararan: "que es tan caprichosa la naturaleza en este punto que no puede someterse a reglas científicas"? La misma parte actora, no obstante apoyarse empeñosamente en la pericia, refiriéndose a uno de los peritos y a sus salvedades, dice a f 575 vta "si en su opinión científica el estado actual de la ciencia no autorizaba conclusiones precisas, era inútil que se entretuviera en aplicar métodos de observación que de antemano sabía que no conducirían a ninguna finalidad útil". El jurista no puede, con sus solos conocimientos profesionales, resolver esa duda punzante de carácter biológico y antropológico.

Ahora bien, tratándose de peritos con especialidad científica—



caso de autos—la doctrina es que los jueces no pueden separarse de las conclusiones terminantemente asertivas a que arriben los peritos en las diligencias probatorias que se les encomiendan y o sean del resorte de su competencia científica, lo que V. E.—*Fallos*, XV. 549—ha establecido, al declarar que el dictámen del perito forma prueba sobre los hechos, siempre que se requieran conocimientos especiales. Desde luego, versando la disidencia en el caso *sub judice* no sobre la teorías técnicas sino sobre su aplicación, y no habiendo conclusiones unánimemente asertivas, ¿se desprende acaso que los magistrados estén obligados a dar por establecidas dichas teorías y deban entonces examinar tan solo si su aplicación ha sido o no correcta, para sacar las conclusiones que la pericia no saca? Pero, en el presente caso, no es fácil a un jurista manejar la serie de gametas y cigotas, de binomios y ecuaciones algebraicas, de caracteres dominantes y recesivos, de tipos *simplex* y *duplex*, y de leyes abstrusamente técnicas, máxime cuando la disidencia pericial, en mayoría, insinúa dudas sobre las fallas y excepciones de dichas leyes. Eso era, pues, lo que debió esclarecer la ampliación pericial solicitada y denegada por V. E.

¿Cómo podría suplir el Fiscal, con su solas luces, tal deficiencia? No acierta a comprenderlo. Así, p. e., el perito Dr. Roccatagliata dice: “¿porqué ovejas blancas, de antecesores blancos también, de antecedentes de razas siempre blancas, de su conjunción con un carnero blanco y de los mismos antecedentes nos producen a lo mejor un cordero negro? La explicación científica satisfactoria de este hecho falta en absoluto: la explicación conocida se refiere a la generalización en el hijo de una verdadera difusión del pigmento que lleva la madre en un lugar o mancha cualquiera, colocada en una parte cualquiera de la superficie de su cuerpo”. A este respecto solo podría observar el Fiscal que—conf. A. Lang, *Experimentelle Vererbungslehre*, II. 865,: no ha podido encontrar fuente más moderna sobre este punto de detalle, pues el libro es de 1914, y allí se analizan las investigaciones sobre herencia de pigmentación en animales, de Taylor White (1901) C. B. Davenport

1905, 1906 y 1908), Wood (1906 y 1908), J. B. Robertson (1909, 1910) y Bunsow (1910)—existen trabajos sobre ese fenómeno, según los cuales debe este considerarse como recesivo, en el sentido mendeliano: pero, y esto es muy sugerente, dichos trabajos reconocen que la misma ley de Mendel de la proporción de 3 a 1 puede estar expuesta a un eventual “factor modificante”, el cual no puede siempre precisarse... El punto tiene gran importancia en el caso *sub judice*, desde que se afirma que la pigmentación de uno de los hijos del causante es negroide, siendo así que los padres eran blancos: si tal fuera, resultaría el caso del cordero negro en una majada de ovejas y carneros blancos. Pero es que un ruidoso y posterior trabajo de Davenport: *Heredity of skin color in negro white crosses* (Washington, 1913), al cual no han hecho alusión las pericias de autos—no figura, en efecto, en la copiosa bibliografía de f 191 (la cual—dicho sea de paso, para evitar rebuscas inútiles—cita los títulos de los libros o monografías como si existieran traducciones españolas, siendo así que se trata exclusivamente de trabajos en inglés, alemán y francés), si bien posiblemente es el aludido por una de las partes a f 660, refiriéndose al mismo el dictámen de f 668, pues solo después ha conseguido el Fiscal consultarlo—aborda dicho problema en la especie humana, examinando “la posibilidad de una reversión en el hijo de un descendiente de piel blanca, de un lejano antecesor negro”, cuestión candente en ciertas clases sociales estadunienses: “existe—dice aquel técnico—una opinión corriente de que un blanco de tal filiación, casado con una blanca pura, puede tener un hijo negro o negroide: tradición que ha sido utilizada para crear situaciones dramáticas en las novelas y folletines, tanto que el terror de la misma pende sobre más de un matrimonio que, sin ella, sería del todo feliz”. Desde luego, entonces, el “caso” de la oveja negra correspondería dilucidarlo científicamente para saber si es una reversión natural o si admite otra explicación clara. Porque el hecho en sí es evidente y en las majadas de nuestras estancias se repite con frecuencia, como nos consta de *visu* a todos, técnicos o profanos: si en las especies ani-

males cabe tal reversión a una pigmentación de algún lejano antepasado de alguno de los padres ¿es ello posible o imposible en la especie humana? La opinión corriente resueltamente se inclina a que es posible, pero reconoce el Fiscal que es opinión lega, la cual solo comprueba superficialmente el hecho de haber, p. e. hermanos rubios y morenos, blancos y morochos: dando por sentado que todos son hijos de los mismos padres ¿cabe acaso buscar en alguno de los antepasados la explicación del fenómeno? Sinembergo, una autoridad científica tan indiscutida como el biometra Davenport—hoy entusiasta mendeliano—sostiene que el fenómeno mismo no es cierto y que ha tratado en vano de conocer personalmente un solo caso de esa clase; lo considera una conseja popular y no admite la reversión, si bien reconoce que la opinión corriente es distinta; pero refiere lealmente diversos casos de tal naturaleza que resultan perturbadores, si bien afirma que no pudo jamás comprobar científicamente su exactitud: “en nuestros estudios—dice—ningún caso claro de ese género ha podido encontrarse y nuestras hipótesis fundamentales nos inducen a no esperarlo tampoco”. Dos fueron los casos de que tuvo conocimiento, pero que no pudo comprobar: 1º. un inglés casó con una mujer de una excelente familia, considerada siempre como blanca; tuvieron en Nova Scotia un hijo de color, sin poder precisar de donde provenía la sangre distinta; 2º. un soldado inglés casó en Bermuda con una mujer tenida por blanca; tuvieron mellizos, uno de ellos blanco y el otro de color; cita aún otro caso de Jamaica, si bien lo califica de “mítico”: “C. de remoto origen negro, presenta una ligera coloración en su sangre, que va en aumento con la edad; su hermano tiene aún pigmentación más pronunciada; el primero casó con una mujer blanca y tuvo 5 hijos, de los cuales 3 presentan signos de sangre de color en la piel y cabello, siendo 1 crespo y los otros 2 lacios; el hermano casó con otra mujer blanca y sus hijos presentan menor pigmentación que la suya”... En presencia de esas constancias en obra tan científica, no cabe admitir la observación del alegato de la parte actora—a f 352 vta.—de que “este caso de

excepción de las ovejas no se ha presentado todavía en la especie humana, y tratamos aquí de seres humanos, y no de ganado lanar: no se ha dado el caso de que en Inglaterra, o en otra región europea del norte, haya surgido un tipo de raza africana, con trompa y mota”. Pero resulta de aquellos datos que cabalmente en casos de familias en que interviene sangre inglesa pura aquel caso ha podido observarse, de modo que no parece justificada la aseveración—hecha en la foja cit.—de que “el perito de los menores debe guardarse su oveja negra para otro cuento”... Aquellas referencias en libros tan estrictamente científicos, hacen nacer en el espíritu del Fiscal esta grave duda—por lo menos en el terreno jurídico—a saber: ¿cabe tal regresión? ¿es realmente posible que de padres blancos nazca un hijo negroide?... El perito Dr. Roccatagliata añade: “la otra explicación del cordero negro como producto de padres blancos y de abuelos y bisabuelos blancos también, es que ha habido en sus antepasados un carnero o una oveja negra”. Sería entonces el caso de la regresión anterior: pero ¿debe aceptarse tal explicación como definitivamente científica? Entiende el Fiscal, por otra parte, que el caso de regresión en la especie humana es un fenómeno indiscutible y un hecho científico indubitado. Desde que, por haber sido formulada dicha objeción al fundar aquel voto en disidencia, no pudo ser discutida por los tres peritos en la misma forma que lo fueron las demás teorías expuestas en el cuerpo de la pericia, es evidente que en la ampliación de esta se habría tenido la oportunidad de aclarar el punto, que reviste capitalísima importancia por su aplicación al caso *sub judice*.

Uno de los peritos, el Dr. Lehmann Nitsche, con posterioridad a la pericia y ampliando lo allí expuesto, ha precisado más la doctrina científica mendeliana: “la ley de Mendel—dice: conf. L. M. *Peritaje somático en casos de filiación natural* (en “Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” Universidad Nacional de Córdoba, II. 273-292)—puede formularse como sigue: cuando la generación paterna se compone de dos elementos, de los cuales uno es dominante y el otro recesivo, aparece en la primera generación

Filial solo el elemento dominante; cruzados los individuos de la siguiente o sea en la segunda generación filial, 3 con el elemento dominante y 1 con el elemento recesivo, la proporción entre dominantes y recesivos es como 3 a 1; cruzados los representantes de aquel último elemento recesivo, sus descendientes siempre lo repetirán; otra cosa sucede con los 3 representantes de aquellos elementos dominantes, que pueden agruparse en 1 con el elemento dominante puro (homocigota) y 2 con el elemento dominante híbrido (heterocigota): en los dos últimos, el elemento recesivo existe en el estado latente u oculto y no se manifiesta; cruzados ahora los representantes de aquellos elementos dominantes entre sí, sus producciones representarán un 75 % individuos con el elemento dominante y un 25 % individuos con elementos recesivo: los elementos dominantes prevalece sobre los recesivos en la proporción de 3 a 1". La importancia del mendelismo, en cuestión de filiación natural—como ve V. E.—es que implica un cambio en el concepto antes generalmente aceptado de que en un descendiente se notan los caracteres paternos y maternos en forma de una mezcla homogénea, mientras que realmente los descendientes de una pareja de constitución distinta no presentan una mezcla cualquiera sino que tienen una composición que teóricamente puede predecirse, o sea que cierto porcentaje de los descendientes se parece al padre, otro a la madre, y otro a un tipo mixto. Y precisando aún más la doctrina en su aplicación forense, agrega aquel perito: "el hombre queda sometido a la ley hereditaria de Mendel y los detalles de su cuerpo, que varían según tipo y raza, o son dominantes o son recesivos: a nosotros interesa solo aquello que puedan alcanzar valor práctico en antropología judicial, y son el color del iris, de la piel y del cabello, y la forma de este último; respecto de los tres primeros caracteres, que pertenecen al pigmento en general, resulta que el tipo "mucho pigmento" domina sobre el tipo "poco pigmento", en la proporción 3 a 1". Ha querido el Fiscal—dada la excepcional importancia del caso—servirse lealmente de los propios términos de los peritos para evitar el cargo de no haberlos quizá in-

terpretado debidamente: así, por otra parte, quedará mejor planteada esta cuestión.

Admitiendo ahora, por vía de hipótesis, que se den por incontrovertidas dichas leyes, y que se prescindiera de sus fallas y excepciones, como si fueran estas una "*quantité negligible*", hay que examinar si los elementos de juicio reunidos en los "protocolos" periciales, o sea en el examen analítico de vivos y muertos—ya que se llega a presentar 4 generaciones—están fuera de cuestión y son del todo completos. Porque, siquiera para evitar la duda de la regresión del cordero negro, sería menester tener el cuadro genealógico completo del padre y de la madre, por lo menos en línea ancestral, hasta 4 o 5 generaciones anteriores, a fin de precisar si el tipo racial, en pigmentación de la piel, color del cabello y tipo del iris, es constante u homocigota, o, caso de haber cruza con heterocigotas, cuales son los caracteres de estas. Pues bien: lo primero que se observa en la pericia de f 171 es que los datos genealógicos son escasos, deficientes e incompletos: por de pronto, faltan en absoluto respecto de la madre; en cuanto al padre—cuyas características se conocen solo de oídas—únicamente se tienen los de su madre y algunas hermanas y sobrinos. Ahora bien, para apreciar la herencia en los presuntos hijos naturales, lo que interesa directamente es estudiar a los antepasados de los mismos, pero no tan solo de parte de uno de los padres sino de ambos, porque el atavismo no es exclusivamente paterno sino materno a la vez; si así no se procede, no cabe aplicar científicamente las leyes de la herencia, pues solo se tendría un factor de la misma: "elemento de estudio unilateral", como lo reconoce la pericia, f 213, y no los dos que por igual modo influyen, el padre y la madre, el espermatozoide y el ovulo, la línea genealógica paterna y la análoga materna. La pericia dice: "nuestro cometido no ha sido limitado, como sucede frecuentemente en casos semejantes, el estudio solo y exclusivo del sujeto discutido, como individuo aislado en relación solamente con sus presuntos progenitores; lo que nos ha permitido hacer el estudio de estos niños, al par que el detenido análisis de

4 generaciones de una de las ramas de sus presuntos padres, y se comprenderá fácilmente la imposibilidad de concebir un individuo aisladamente, sin tener en cuenta sus relaciones biológicas, es decir, genealógicas, que lo presentan tal como es, como parte de un todo, así como una hoja forma parte de un árbol". En efecto, en el acta de f 86 se pidió que la pericia se verificara "teniendo a la vista todos los datos y antecedentes de familia que puedan recoger"; y en tal sentido se hizo el nombramiento de peritos en el auto de f 168. Pero era evidente que esos "datos y antecedentes de familia" debían referirse tanto al padre como a la madre: mientras tanto, la pericia ni siquiera explica por que se prescinde en absoluto de la línea materna, ni aún si se han hecho diligencias para obtener tales datos y antecedentes, ni si ha averiguado si había antecesores vivos o tratado de reunir datos—retratos o referencias—sobre los muertos. Y debe aquí el Fiscal—en salvaguardia de su propio criterio—manifestar porque insiste en la necesidad de tener a la vista a la vez el árbol genealógico paterno y materno, en este caso: no se le escapa que hasta ahora se juzgaba únicamente de la pureza de sangre por el *pedigree*, siguiendo el principio en que está fundada la ley de herencia ancestral, pero hoy día el criterio es completamente diferente: en el concepto mendeliano un individuo es de raza pura, para un carácter dado, cuando es homocigota para ese carácter, sean cuales fueran sus antepasados, y no es de raza pura cuando es heterocigota, por largo que sea su *pedigree*; eso no quiere decir que los *pedigree* o árboles genealógicos sean inútiles, pues dan siempre una evidente indicación de pureza, pero pueden también obtenerse formas puras de cruzamientos heterogéneos. De aquí que se haya dicho que "es otra de las paradojas mendelianas, sacar sangre pura de dos sangres impuras". Pero, de todas maneras, el árbol genealógico de ambos padres, en el caso *suo jure*, aún cuando por sí solo no fuera concluyente, es, apreciado conjuntamente con otros datos, un indispensable elemento coadyuvante: de ahí que sea imprescindible y que su omisión o deficiente presentación constituya un vacío irremediable

en la pericia. Pues bien, uno de los peritos—el Dr. Lehmann Nitsche, en la recordada monografía doctrinaria—dice: “para preparar un análisis de esta clase es tarea preliminar procurarse un muy amplio y detallado árbol genealógico, en el cual todos los componentes estén brevemente caracterizados según aquellos rasgos físicos cuya importancia mendeliana ya es conocida por los estudios de los especialistas: nosotros hemos sido los primeros que, en cuestiones forenses, hemos recurrido a las leyes mendelianas en el año 1914; nos reservamos la prioridad de la idea”. El Fiscal—sin discutir dicha prioridad: antes bien, reconociéndola en cuanto de él depende—se limita a hacer presente, puesto que se trata en dicha alusión del actual caso forense, que las pericias aludidas no contienen desgraciadamente el “muy amplio y detallado árbol genealógico, en el cual todos los componentes están caracterizados” a que se refiere aquel antropólogo: por lo menos, falta por completo el árbol genealógico de la línea materna, y el mismo de la línea ancestral paterna se detiene en los padres del *deujus*, siendo lo demás colateral: sus hermanos, sobrinos y sobrinos nietos, de modo que en realidad no se ha debidamente realizado—o podido realizar—la “tarea preliminar” que tanto recomienda dicho perito. Y es eso cabalmente lo que se echa de menos a cada instante al estudiar estos autos.

Todavía más. No es solo en la falta de árboles genealógicos de las líneas ascendentes paterna y materna, que es deficiente la pericia de autos. En la misma caracterización de los padres—uno de los cuales, la madre, pudo ser examinada en vida; al otro, el padre, ya entonces difunto, solo se le precisa por referencias y fotografías—la deficiencia de la pericia es visibilísima. Porque el perito Dr. Lehmann Nitsche, en la monografía doctrinaria citada, establece estas reglas científicas para el examen somático del individuo fallecido; “en tal caso suelen entregarse al perito varias fotografías del finado, debidamente legalizadas, y declaraciones de testigos que lo han conocido: debe el perito, además, procurar muestras del cabello y juntar todas las fotografías tomadas en lás

diferentes épocas de la vida del individuo en cuestión, estudiarlas con lente de aumento y hacer ampliar por vía fotográfica algunas de ellas (las que le parezcan más características) para mostrar al Juez aquellos rasgos que resulten ser importantes; atención especial debe fijar el perito a los datos suministrados por personas que han conocido al finado: el público, en general, no sabe observar con bastante minuciosidad el color del cabello, del iris, del cutis, etc., y parece increíble que nadie conoce exactamente el color de sus propios ojos; el examen individual se limitará a explicar los pocos datos respecto a talla y otros caracteres del cuerpo en general, como estado de alimentación, obesidad, modo eventual de caminar, postura característica del cuerpo, si la hay (erguida, encogida) etc.; al tratar los caracteres especiales de la cabeza se describen fisonomía, frente, pómulos, ojos, nariz, barbilla, pabellón auricular, todo esto en forma frontal y lateral, si lo permiten las fotografías; el cabello y los detalles del borde cabelludo, casi siempre pueden reconocerse en fotografías comunes: la forma y color del cabello pueden determinarse muchas veces con exactitud absoluta, cuando una mano piadosa ha conservado tal recuerdo somático de un ser querido; respecto del cutis, deben utilizarse las indicaciones de la gente con mucho criterio: ante todo, cuando se trata del pigmento irídico". Pues bien, relea V. E. la caracterización del padre en la pericia de autos a f 175, y observará que faltan la mayor parte de esos procedimientos, sin indicar siquiera porque razón faltan. Así, no se presenta una sola fotografía del padre en la serie de f 192, no obstante que en el exp. agr. cit—a f 142—figuran varias de diferente época de su vida: a este respecto es conveniente recordar que los peritos primeros—de f 148 exp. agr. cit.—dicen: "en el estudio que hemos llevado a cabo solo hemos empleado las fotografías sacadas cuando dicho señor tenía 20 años en una y 30 en la otra, pues las de fechas posteriores son tan desemejantes comparadas con las que nos han servido que hasta podría dudarse que se tratara de la misma persona, y la razón sobre todo que nos ha inducido a hacer esta selección para establecer el grado de pareci-

do es que los puntos a comparar tuvieran una relación menos disarmonica de edad, pues la comparación de los rasgos fisonómicos de una persona de 10 a 20 años tiene más relación con otra de 20 a 30 años que no con una de 50 a 60: esto con relación a la edad, cuya evolución marca en la fisonomía individual una diferencia tal, en cada época, que por lo regular las modificaciones impresas en ciertos momentos son tan fundamentales como las que se observa al comparar las fotografías de Arcardini, de los 20 y la de los 60 años, y en este caso se trata de conformaciones definitivas, porque la evolución orgánica ascendente se completa alrededor de los 25 años; estas diferencias son más notables, aún de ordinario, en las distintas etapas por que atraviesa el individuo hasta la edad dicha de 25 años, tanto que un niño de 10 años, p. e. muy desemejante a su padre de 30 años, resulta muy parecido cuando ha llegado a esta edad: es común notar, cuando se mira con un poco de observación, que los niños que han de ser parecidos a los padres, habiendo tenido un tipo completamente diferente en su primera infancia, toman el sello del parecido en la adolescencia, cuando la conformación de su craneo y sus rasgos fisonómicos adquieren el tipo definitivo"; pues bien, sobre el particular los peritos de autos son de una displicencia tal—malgrado la regla doctrinaria de la monografía citada—que no solo no acompañan fotografía alguna del *deujus* sino que se limitan escuetamente a decir: "en lo que se refiere al estudio de las fotografías del fallecido, que fueron tomadas en diferentes épocas de su vida, no son tan desemejantes como al primer golpe de vista aparecen; hay que tener en cuenta el cambio en la impresión fisonómica producida por la presencia o falta de barba, como el fallecido usaba a los 30 años: en las tres fotografías observadas nótanse rasgos comunes...". Respecto de lo que se considera más esencial—la pigmentación—solo se dice: "según indicaciones de la familia al Dr. Lehmann Nitsche, sus ojos eran azules, el cabello rubio", sin decir nada sobre el cutis. No especifica que miembros de la familia le dieron tales datos: pero tampoco lo hacen los primeros peritos, si bien sus informes fueron

distintos y contradictorios entre sí, a saber, que unos dijeron que los ojos eran “celestes” y los otros “pardos claros” y el cabello “rubio” según unos o “castaño” según otros; y los testigos de autos, al ser interrogados algunos de ellos sobre el particular, igualmente han dado datos discordantes: así, f 56, V. Casullo afirma que los ojos eran “verdes” y el pelo “rubio canoso”; f 59, P. L. Casullo dice que los ojos eran “azul más bien claros” y el pelo “rubio canoso”; f 67, Colombo da un dato sibilino: “ojos como los de las fotografías”, pero en cuanto al pelo dice que era “blanco canoso”. Todas estas divergencias están demostrando que no hay un “hecho” indubitado y no hay base positiva para afirmar—como se hace después en la pericia, al entrar a comparar esa pigmentación del padre con la de los menores—que los ojos eran “azul acero” y el pelo “rubio”; no se necesita ser antropólogo especialista para, con la ayuda de la lógica, afirmar que hay en este punto una deficiencia insalvable en el informe de los peritos: de ahí que la parte demandada observe a f 644 vta. que esos “datos no se sabe ni es posible saber como los recogieron, de quienes los recogieron, y si son o no ciertos”. En cuanto al examen individual, solo se dice—basándolo en las fotografías (pero sin acompañarlas, de modo que no se puede saber si son las del exp. agr. cit. u otras distintas y no controlables en autos)—que tenía estos rasgos: “bulbo del ojo grande; nariz grande, algo encorvada; oreja en forma normal, con cierta prominencia del ante hélice en su mitad; el perfil es caracterizado por la nariz encorvada, de lóbulo grande y pendiente”. Los demás rasgos exigidos en la monografía citada brillan por completo por su ausencia... Con razón dice la sentencia, a f. 514 vta: “a los peritos ha faltado un punto de referencia indispensable: el examen del presunto progenitor; y tal examen no ha podido ser reemplazado sino con muy relativa eficacia por fotografías y por la observación de los tipos colaterales o afines, en cuya formación intervinieron factores de otra procedencia”. Es verdad que la parte actora, f 575 vta., dice que tal cosa “para los peritos no ha sido esencial, y la mayoría de ellos lo demuestra en la conformidad de

sus conclusiones, de las cuales resulta que aún cuando hubiera existido el padre supuesto en el momento de la pericia, no habrían sido los caracteres individuales de este último el dato o base única de la investigación". Muy de acuerdo: pero si no hubiera sido la "base única" por lo menos habría indiscutiblemente tenido suma importancia, y tan grande que *prima facie* esa deficiencia invalida en mucha parte la eficacia de dicha pericia, tanto que a ella alude uno de los mismos peritos al referirse a "los elementos de estudio unilaterales de que hemos dispuesto". El Fiscal, entonces, se considera autorizado a decir que el estudio del *decurjus* practicado en dicho informe es técnicamente tan incompleto que no puede servir de base a una pericia científica de la naturaleza de la *sub judice*, máxime cuando ha debido ser especialísimamente cuidado desde que se trata de la primera tentativa de aplicación judicial de las leyes mendelianas y que su costo debía ser tan extraordinario: si entonces fracasa esta tentativa, corre quizá peligro de quedar desautorizada su eficacia futura, y es sensible que ese eventual fracaso venga a depender de la deficiencia en los "protocolos" periciales, de modo que habría quizá que esperar a otro caso, en el cual se reúnan todos los elementos de juicio con toda la amplitud y precauciones posibles y con arreglo a la pauta trazada por el mismo Dr. Lehmann Nitsche, para determinar si la aplicación forense del mendelismo es viable o no, del punto de vista jurídico.

Cuando se presentó la pericia, la madre había ya muerto; pero dicen los peritos: "a esta señora, fallecida últimamente, tuvimos oportunidad de examinarla en vida"; con todo, el *status* de la misma es casi la reproducción literal del establecido por uno solo de aquellos, en el expediente criminal sobre denuncia de suposición de parto. El único dato respecto de su árbol genealógico es esta vaga aseveración: "corresponde al tipo de la Europa central"; vale decir, no se establece ni su nacionalidad, ni su familia, ni se la interrogó siquiera sobre sus padres, ni se dice haber tratado de buscar, sobre sus antecesores colaterales, los datos y antecedentes del caso. Mientras tanto, la misma pericia declara que "en

la herencia fisiológica podemos distinguir: 1°. la herencia individual; 2°. la de familia; consanguinidad; 3°. ancestral: atavismo; 4°. la de los caracteres adquiridos". Pero ignorando en absoluto el árbol genealógico de la madre ¿cómo podría establecerse la herencia ancestral o atavismo, ni la de familia o consanguinidad? Es evidente que cualquier inferencia que en tal sentido se haga, dada esa deficiencia en la información, inevitablemente tendrá que ser a su vez deficiente. Más todavía: desde que—como lo dicen los peritos—"en la reproducción sexual se requiere la intervención de dos gérmenes diversos, o gametas, que deben unirse para formar la célula inicial del nuevo organismo cigota", no es posible afirmar, ignorando la línea ancestral y colateral materna, si la unión de las gametas paterna y materna deberá dar forzosamente un homocigota en el presunto hijo, pues no se puede precisar con absoluta certidumbre si dichas gametas son del mismo carácter; como tampoco, por idéntica razón, podría afirmarse que son alternativas y deba por ende clasificarse al hijo como heterocigota. ¿Cómo precisar, a la vez, si los padres, abuelos y bisabuelos de la madre, han sido homocigotas o heterocigotas? Todo, respecto de la línea materna, queda en el misterio más singular en estos autos; parece que su gameta se hubiera considerado tan poco importante que apenas si de paso se la menciona, siendo así que es exactamente de igual importancia que la del padre. Y, sin embargo, no cabe siquiera pretender que lo único y exclusivamente buscado en autos es saber si los hijos naturales, reconocidos por su padre, son—o han podido ser—tales hijos suyos, siendo indiferente que lo sean o no de la madre, desde que lo que realmente está en tela de juicio es la fortuna paterna: por el contrario, desde un primer instante la parte actora en el juicio actual ha afirmado que los menores no son hijos ni del padre ni de la madre "sino resultado de los fraudes por simulación de alumbramiento"; de modo que, entonces, de cualquier punto de vista que se encare la pericia era tan indispensable averiguar el *pedigree* de la gameta paterna como de la materna. Tan es así que la parte actora—en su alegato a f 351—ter-

minantemente dice: “recuérdese que en el caso particular no se discute solamente la no descendencia de los menores con relación al padre, sino que se trata de probar el fraude consistente en la suposición de filiación respecto de la misma pretendida madre: si la acción es interesante en cuanto al hecho de que los menores no son hijos de Arcardini, uno de los hechos en que se apoya la acción es también el de que no son hijos de Celestina; pero más allá todavía: los fundamentos de la demanda comprenden también esta otra circunstancia, la de no ser ellos mismos hijos de una madre común, es decir, que no son hermanos ni siquiera medio hermanos en la línea materna”. Pero aún hay más: la pericia tan no se ocupa para nada de la madre, como si absolutamente nada tuviera que ver en este juicio, que prescinde en absoluto del informe médico legal sobre la misma, expedido por los Dres. Trongé, Fianza y Arana Zelis, a f 113 vta. exp. agr. cit.; sinembargo en dicho informe se registran datos importantes sobre el *status* o protocolo de aquella y se comprueba que se trata a prima faz de una multipara, de decir, que ha tenido verosímilmente varios hijos. Mientras tanto, uno de los fundamentos de la imputación de suposición de partos es que no podía tener familia, para lo cual se invoca hasta un examen médico, a estar a lo que afirma algún testigo. ¿Porqué se ha prescindido de ese informe, ya que era por lo menos un “dato o antecedente” relativo a la madre? En cuanto a esta última, no solo no consta en la pericia haberla interrogado sobre su familia viva o muerta, domiciliada aquí o en el extranjero, ni se le ha pedido tampoco a su respecto el menor dato o antecedentes, sino que no se ha hecho uso siquiera de los datos—conf. exp. agr. cit.—que contenía la denuncia de suposición de partos, la cual alude a hermanos y sobrinos—de uno de ellos había sido padrino nada menos que el señor Presidente de la República—domiciliados en el país y fácilmente observables, por lo tanto. ¿Qué explicación científica—o siquiera lógica—tiene este inexplicable e ilógico descuido de los peritos? No acierta a explicarlo el Fiscal, si bien encuentra razonable—a este respecto—lo que observa el tutor de los menores, a

f 457 vta., diciendo que la pericia “que ha de creer en su examen de ojo y pelo, y que ha de saber que la madre y los antecesores de la madre valen tanto como el padre y sus progenitores, no se preocupó poco ni mucho en averiguar como serían, que color del pelo tendrían los padres o abuelos de Celestina”. Este vacío comprobado en los “protocolos” de la pericia, sería suficiente—en el aspecto más favorable—siquiera para hacer dudar de la absoluta certidumbre de sus conclusiones. Porque uno de los peritos—el Dr. Lehmann Nitsche, en su citada monografía doctrinaria—lice: “el valor de la genealogía para el reconocimiento físico de una persona en parte ya es reconocido al gran público: bien se sabe que una persona muchas veces se asemeja no tanto a su padre o madre, sino a un pariente cercano, ya ascendente directo (abuelo, bisabuelo, etc.) ya lateral (tío, primo, hermano, etc.); bien puede ser que los detalles somáticos no manifiestos en un individuo, llamados latentes, se noten con toda lucidez en uno que otro pariente, y en uno que otro hijo: en tales casos solo el estudio de la parentela del individuo en cuestión puede aclarar el problema de si hay relación consanguínea entre el citado individuo y su supuesto hijo”. Pero entonces, si falta por completo—como en el caso *sub judice*—el árbol genealógico de la parentela materna ¿cómo es posible—o siquiera imaginable—llegar a la conclusión asertiva de que tal hijo no es hijo de tales padres? El solo vacío del *pedigree*—párecelo al Fiscal, auxiliado de la simple lógica jurídica: y entiende que esta es la “sana lógica” a que alude el art. 26 ley N°. 4128—invalida en absoluto pericia semejante.

En cambio, respecto del padre se afirma que se analizan cuatro generaciones. Pero es el caso que solo se trata del padre y de la madre del padre del mismo: es decir, apenas una generación ascendente. Lo demás se refiere a líneas colaterales: hermano y hermanas del padre, sobrinos del mismo y sobrinos nietos. Pero estas ramas colaterales, sometidas al cruzamiento de otras sangres y otros atavismos, no pueden tener sino importancia muy secundaria, ya que ni indirectamente han podido influir en la sangre y ca-

racteres somáticos de los presuntos hijos naturales. Lo único que a este respecto interesa es la línea ancestral, en primer término; y después la consanguínea propia y la de sus padres, es decir, sus tíos o tías. Pero ¿con qué precisión científica se han reunido en autos esos “datos y antecedentes”? En primer lugar, fallecido el padre antes de la iniciación de esta serie de procesos y no habiéndolo conocido personalmente ninguno de los peritos, la única fuente de información son los retratos y las referencias de familia. Y es curioso que estas últimas no hayan sido siempre uniformes, especialmente en puntos de decisiva importancia: así, los primeros peritos—f. 148 exp. agr.—dicen: “al estudiar las fotografías de Arcardini hemos tomado datos respecto del color del pelo y de los ojos, datos que no coinciden, pues unos nos han dicho que tenía pelo rubio y ojos celestes y otros que tenía ojos pardos claros y pelo castaño”; en cambio el Dr. Lehmann Nitsche—a f. 152 exp. cit.—dice: “según indicaciones que nos hace la familia, sus ojos eran azules, el cabello rubio”. Desde luego, pues, no hay absoluta certeza sobre un hecho fundamental. La pericia de f 171—repetiendo la que se acaba de citar—hace esta inferencia: “estos datos parecen del todo fidedignos, cuanto a la tabla genealógica de la familia Arcardini”. Pero esa es una simple suposición, inducida por la analogía de ser azules los ojos de los hermanos del presunto padre y de su madre: sin embargo, de los 4 hermanos del *decujus*, el único varón “ha tenido ojos de color verdoso azul” y de las 3 mujeres, una los tiene “azul con acentuación del pigmento ocre” y las otras dos “azul celeste marcado”: de modo que propiamente esas variantes dejan abierta la duda; y en cuanto a la madre del presunto padre—que había fallecido antes de la pericia, pero que pudo ser examinada por el Dr. Lehmann Nitsche cuando practicó la del exp. agr.—se dice que los ojos eran “azul de acero” mientras que respecto del padre del causante, a quien ninguno de los peritos ha conocido (“los datos referentes a este señor—dice la pericia—han sido suministrados por la familia Arcardini a uno de

nosotros, Dr. Lehmann Nitsche”) se afirma que los ojos eran “celestes fuertes”.

Esto, en cuanto a la línea paterna. En cuanto a la materna, solo se tiene el dato referente a la madre: el color del ojo era “azul, apenas pigmento ocre anular”; el cabello “de color castaño obscuro”, la piel “blanca”. Pero ¿cual era el color del iris y del pelo en sus antecesores: padres, abuelos o bisabuelos? ¿cual era la pigmentación de su cutis? Se ignora en absoluto. Y, sin embargo, el punto relativo a la pigmentación parece ser fundamental en casos de filiación natural, por lo menos del punto de vista mendeliano. El perito Dr. Lehmann Nitsche—en su recordada monografía—dice a este respecto: “el pigmento cutáneo puede ser estudiado conjuntamente con la cabeza: se trata en la mayoría de los casos de los tintes que se observan en individuos de la raza blanca, sea rubios o trigueños; por excepción tendremos que ver con el pigmento cutáneo de la raza africana y sus descendientes; más frecuentes son los casos de mestizaje entre blancos y autoctonos americanos, aunque la cantidad y tal vez la cualidad pigmentaria no son muy características para esta clase de bastardos: en tales casos el estudio comparativo de la fisonomía ayudará nuestra tarea”. Pues bien, en la pericia de autos nada se dice—al tratar del padre—de cual era la pigmentación de la piel, f 175, si bien al redactar las conclusiones, f 207 vta. se afirma, sin explicar la razón de tal dicho, que “debe haber sido blanco rosado”, inferencia que, en tales condiciones, parece no tener el fundamento del “hecho” sino el de una “suposición”, basada en el protocolo de las hermanas; y sobre hipótesis semejante es bien aventurado basar la inclusión o exclusión de alguien en una familia... En la misma monografía se añade: “el pigmento del iris es más importante que el del cabello, pues este varía muchísimo durante la vida del individuo; no sucede esto con el color del ojo, que solo en la época infantil hasta los años de la pubertad demuestra dos épocas de variación”. Entonces, tratándose de menores que aún no han llegado a la pubertad, ¿no es acaso algo aventurado basar en el color de su iris—en

plena evolución de cambio de su matiz—al compararlo con el de sus presuntos padres, una conclusión que los incluya o excluya de la familia de estos? Sigue diciendo la monografía: “el segundo cambio pigmentario sufrido por el iris es mucho menos marcado y científicamente muy poco estudiado: es cierta tendencia del iris a perder la intensidad de su color desde la infancia hasta los años de la pubertad; sea como fuese, el pigmento irídico es carácter de importancia fundamental para la antropología forense”. Pero desde que los presuntos hijos, en el caso *sub judice*, se encuentran precisamente en el período que va de la infancia a la pubertad, en el cual el color del iris resulta “científicamente muy poco estudiado”, parece—del punto de vista profano de la lógica jurídica—ser algo deleznable esa base para sobre ella fundamentar exclusivamente un pronunciamiento judicial. Además, debe el Fiscal observar que queda perfectamente que en un trabajo científico de la doctora Ge-settner,—aparecido, si sus recuerdos no lo engañan, entre 1908 o 1910: pues desgraciadamente no ha podido volver a consultarlo—se demostraba que el color del iris varía también después de la pubertad: lo que a su vez implicaría otro factor perturbador para la argumentación de la pericia. Por último, respecto de la pigmentación del cabello agrega aquella monografía del citado perito: “el color del cabello varía desde el rubio claro hasta el pardo oscurísimo, que en algunos casos aparece como negro”.

Aceptando—por vía de hipótesis—la inferencia de que el padre tenía los ojos azules sin precisar el matiz, no es posible determinar si tenía o no acentuado el pigmento ocre, que otros miembros de su familia presentan: lo que, unido a igual pigmento en el iris materno, ha podido influir en la coloración de los ojos de los presuntos hijos. Estos presentan ligeras variantes: María Mafalda tiene el iris “color castaño”; Roque Humberto, “pardo”; María Carmen, “ocre anular, resto azul verdoso”. Esta última parece, entonces, tener en cierto modo los elementos de pigmentación del iris que se atribuye a los padres; y la variante “castaño” y “pardo” en los otros dos podría atribuirse a la herencia ancestral o atavismo,

sea en la línea paterna—sólo por referencia se sabe del padre del causante, pues nada se dice de sus abuelos y bisabuelos—y materna. Recuérdese, además, que a los primeros peritos se les dió el dato alternativo de que los ojos del padre eran “pardos claros”, lo cual condicionaría con los de aquellos hijos: otros datos de autos afirman que eran “verdes”... Desde que nadie ha observado personalmente el color de los ojos y del cabello del padre, se está en el terreno de las hipótesis y las inferencias: hay contradicción en los datos recogidos y esto, de por sí, bastaría para hacer beneficiar a los menores con la duda. Por último, si los tres peritos de f. 171 dicen que el cabello del padre era rubio, en cambio los dos del informe de f. 148, exp. agr., traen el dato contradictorio de haber sido rubio o castaño, según las referencias, y algunos testigos dicen que era “blanco canoso”; los hijos tienen el pelo castaño, las mujeres, y negro, el varón; por lo demás, la madre tenía el pelo castaño oscuro, de modo que condice *prima facie* con la pigmentación capilar de los hijos.

Pues bien, con esta tenuísima base, afirman redondamente los peritos:

1.º Respecto a María Carmen: que el pigmento del iris es ocre anular, resto azul verdoso, difiere por consiguiente del de Celestina, que es azul, apenas ocre anular, mientras que el iris de Roque es azul acero; “como se ve—agregan—la pigmentación irídica de María Carmen presenta ligeras diferencias, que no permitirán aplicar rigurosamente la ley de Mendel para establecer una derivación inmediata del iris de Roque y Celestina”. A esto observa el Fiscal que el color “azul acero” atribuido al ojo del padre es una inferencia algo arbitraria, pues repite simple y exclusivamente la tonalidad irídica de su madre, y siendo así que—en las primeras referencias recogidas por el único perito que ha trazado ese *status*, f. 152, exp. agr.—se decía tan sólo que ese color era “azul”, sin precisar el matiz; ¿por qué ahora, para establecer divergencia con el de los hijos, se le atribuye asertivamente color y matiz? Parece eso algo aventurado, del punto de vista del jurista, porque no sólo

existe contradicción entre la referencia de familia que trae la pericia sobre el color de los ojos del padre, al afirmar que era “azul” y los datos dados a los primeros peritos — exp. agr. cit. — de que eran “celestes” o “pardos claros”, sino que los testigos de autos, al referirse al *decurjus*, igualmente traen datos desemejantes: así, uno decía que tenía “los ojos verdes”; otro, que eran “de color azul más bien claro”; y otro, finalmente, que “como los de la fotografía” (no es fácil interpretar esta declaración); todo lo cual demuestra que la inferencia rotunda de que eran “azul acero” no parece justificada por los “datos y antecedentes” que obran en autos...

2.º Respecto a María Mafalda: que el pigmento del iris es castaño, distinto del de Celestina, el cual es azul apenas ocre anular, mientras que el iris de Roque es azul acero; “como se ve — agregan — la pigmentación irídica de María Mafalda está en contradicción con la ley mendeliana; admitiendo que Celestina fuera heterocigota y que en sus sucesores, en unión con Roque Arcardini, hubiera transmisión de un carácter dominante del ocre anular de su iris, es demasiado el pigmento irídico de María Mafalda y muy escaso el de Celestina para establecer la derivación de este de aquel”. Se toca aquí, con la mano, lo peligroso de estas inferencias sin base incontrovertida suficiente, pues resulta necesario “admitir” tal o cual supuesto: procedimiento que parece estar en contradicción con la estrictez del razonamiento científico; agréguese a esto el dato perturbador de la primera pericia — f. 148 exp. agr. — de ser los ojos del padre “celestes” según unas referencias o “pardos claros” según otras, o el dato de los testigos de que eran “verdes” o “azul más bien claro”, y se observa que en condición semejante un tribunal no puede afirmar que aquella niña es imposible que sea hija de esos padres tan sólo por esa deducción, ni la misma ley mendeliana puede invocarse sin contradicción cuando no están fuera de cuestión los datos que se aducen. Sólo de paso observará el Fiscal que no se explica legalmente por qué se incluye a la menor María Mafalda en esta pericia, pues no habiendo sido reconocida por el padre, no se encuentra entre los hijos reconocidos a que se refiere la demanda;

esta, a f. 1, llama especialmente la atención sobre ello, a saber: que no son tres los menores demandados, sino dos — María Carmen y Roque Humberto — de modo que sólo a estos últimos ha debido limitarse el examen pericial.

3.º Respecto de Roque Humberto: que el pigmento del iris es pardo, el de Roque Arcardini azul acero, el de Celestina azul, apenas ocre anular; “como se ve — agregan — los tres citados caracteres están en contradicción absoluta con las leyes de la herencia que tenemos estudiado”. Pero, en primer lugar, debe repetirse que el color del iris paterno no es un “hecho” incontrovertido, sino una “inferencia” que resulta algo arriesgada en presencia de la contradicción antes apuntada, que dice que esos ojos eran “celestes” o “pardos claros”, o “azul”, o “verdes”, o “azul más bien claro”; en segundo lugar, se ignora si los antepasados maternos tenían como carácter dominante el ocre anular de su iris, y entonces ha podido tal rasgo — máxime si se admite que los ojos del padre eran “pardos claros” — determinar el color “pardo” de los ojos del presunto hijo. De todos modos, el razonamiento científico no es absoluto y el beneficio de tal duda favorecería siempre al menor.

Esto en cuanto a la pigmentación del iris. Por lo que toca a del cabello, cabe hacer análogo análisis. Dicen los últimos peritos que “el color del pelo en Roque es rubio, en Celestina es castaño oscuro”; pero sólo esta última pudo ser examinada directamente y del otro lo único que se sabe es por referencias de familia, siendo así que los primeros peritos — los del informe de f. 148, exp. agr. — dicen que según unos el pelo era rubio y según otros castaño, mientras que algunos testigos lo califican de “blanco canoso”, de manera que la duda queda en pie. Agregan los peritos de autos: 1.º respecto de María Carmen: que “el color del pelo es más claro que el de Celestina y más oscuro que el de Roque”; 2.º respecto de María Mafalda: que “el color del pelo es castaño, más claro por consiguiente que el de Celestina y mucho más oscuro que el de Roque”; 3.º respecto de Roque Humberto: que “el color del pelo es negro, mientras que Roque es rubio y Celestina castaño oscuro”. Si se

admite la referencia alternativa del informe de f. 148, exp. agr., según la cual el pelo del padre era castaño, como el de la madre, desaparece toda diferencia, pues el color negro del pelo del menor sería tan sólo la intensificación del color del cabello de sus padres; si, por el contrario, se sostiene la otra alternativa de haber sido rubio el pelo paterno, cabe siempre la explicación de una regresión a algún antepasado paterno o materno.

Por último, queda la cuestión de la pigmentación de la piel. A este respecto, dice la pericia de f. 171: "el color de la piel de Roque debe haber sido blanco rosado; en Celestina era blanco mate". Nótese que ya aquí se hace una inferencia respecto del matiz de la pigmentación cutánea paterna, desde que no ha existido observación directa y que al trazar su "protocolo" se omitió ese dato, que aparece solo después. Agregan los peritos: 1°. respecto de María Carmen: que "el color de la piel, fino blanco, guarda semejanza con el de Celestina, siendo la tonalidad más clara, sin alcanzar al color de la piel de Roque, que debe haber sido blanco rosado"; 2°. respecto de María Mafalda: que "el color de la piel corresponde al tipo trigüeño de Europa, asemejándose por consiguiente al de Celestina Larroude y alejándose del de Roque Arcardini"; 3°. respecto de Roque Humberto: que "es el tipo de un morocho, comparado con Roque y Celestina; la piel muestra un color olivo mate, la de Roque es blanco rosada y la de Catalina es blanco mate". Antes, respecto de este último menor, habían dicho: "llama la atención la pigmentación de la piel, que muestra un color olivo mate: este carácter de pigmentación se observa sobre toda la superficie del cuerpo, aun en las regiones que suelen estar cubiertas por los vestidos; la piel de la espalda, lado de extensión de los miembros, es más pigmentada que el pecho y los lados de flexión respectivamente, fenómeno a observar también en la mayoría de los mamíferos; el borde cutáneo que corresponde a la matriz ungual es ligeramente más pigmentado que el resto: la mancha morada no existe". Y añaden, finalmente: "la fisonomía y el pigmento depositado en la piel, en el iris y en el cabello, hacen ver

manifiestamente que en los antecesores de este niño ha habido una corriente de sangre de color, cuyo carácter es difícil de determinar, africano tal vez: la piel es blanca, no hay pigmentación perungular, la fisonomía del niño recuerda al tipo del sud de España”.

¿Qué conclusiones sacan de ello? Uno de los peritos, resueltamente, afirma que la filiación en el caso de María Carmen es dudosa, pero que no lo es en los otros dos casos, declarando que tales menores no pueden ser hijos del *decujus*; dicho perito, Dr. Lehmann Nitsche — f. 152, exp. agr. — había ya antes formulado idénticas conclusiones, basándolas directamente en el mendelismo, pues declaraba que los padres pertenecían al tipo “poco pigmento”, mientras que Roque Humberto es de tipo “mucho pigmento”, siendo así que este último tipo, como elemento recesivo, nunca puede producir el elemento dominante. En cambio, otro de los peritos, Dr. Roccatagliata, comienza por recordar que “Celestina fué considerada heterocigota y su iris tenía ligero pigmento ocre anular, y su cabello era castaño oscuro, vale decir negro, en términos comunes”; y agrega: “al leer el protocolo de Roque Humberto se encontrará claramente consignado que sospechamos de perfecto acuerdo que en sus ancestros ha intervenido una corriente de sangre de raza distinta; y cabe preguntarse cuándo y cómo ha tenido lugar esa intervención de sangre de raza distinta, en qué época y por cual de las ramas”. Es decir, en la más desfavorable de las hipótesis, sería el caso de la regresión del cordero negro. . .

Y este es el momento de indicar respecto de las leyes mendelianas, tan traídas y llevadas en este proceso, que como la exposición doctrinaria de la pericia de f. 171 es sacada, a veces *ad pedem litteræ* — con lo que los peritos han facilitado visiblemente su tarea: si bien el dato no se encuentra incluído en la lista bibliográfica de f. 191 — del trabajo del Dr. Angel Gallardo: *Las investigaciones modernas sobre la herencia en biología*, inserto en el *Libro de oro ofrecido al Prof. Dr. Roberto Wernicke* (B. A., 1900), yendo entonces directamente a dicha fuente puede el Fiscal afirmar que resulta que la ley de Mendel — o sea: 1.º la regla de dominancia

según la cual, cuando se encuentran juntos un carácter dominante y el recesivo correspondiente, se manifiesta sólo el dominante; 2º. los caracteres se segregan a partir de la segunda generación híbrida, produciéndose para cada recesivo 3 dominantes, 1 de los cuales es puro y los otros 2 impuros—no en todos los casos es absolutamente aplicable, pues la dominancia no siempre es completa, en muchos casos es imperfecta y a veces irregular: cuando es imperfecta, los heterocigotas presentan formas de herencia fusionada o parcial, que los distinguen de los dominantes homocigotas, no existiendo una interpretación teórica satisfactoria de la dominancia imperfecta: “el caso de los mulatos en las razas humanas—dice Gallardo—constituye una de las principales dificultades del mendelismo” y agrega que no “se encuentran siempre cifras matemáticamente iguales a las teóricas, pues esta exactitud no se alcanza ni con las leyes físicas, y menos aún puede exigirse de una ley biológica, sujeta, como es natural, a muchas perturbaciones cuyos efectos es imposible de evitar o circular”. Entrando a lo que interesa al caso *sub judice*, encuentra el Fiscal digno de recordación este dicho de Gallardo: “a primera vista parece más lógico admitir que el reconocimiento de los caracteres de los padres no es suficiente para definir exactamente el carácter de la progenitura y que haya más probabilidades de acertar en la predicción del carácter de un individuo si se tienen en cuenta todos sus antepasados: este es el fundamento técnico de la ley de herencia ancestral y es una de las objeciones hechas a la ley de Mendel; otra de las objeciones consiste en la vaguedad de las categorías mendelianas y en la frecuencia de caracteres intermediarios entre el carácter dominante y el recesivo”. Refiriéndose a los estudios de Pearson, agrega aquel que este encuentra: “1º. que se produce segregación al cruzarse los híbridos; 2º. que cruzados al azar, la población se reproduce conservando una frecuencia proporcional para cada subclase; 3º. que la regresión de la progenitura para cada antecesor es lineal; 4º. que las correlaciones ancestrales forman una serie geométrica. Entonces, pues, desde que se trata de la aplicación judicial de las leyes

mendelianas, entre presuntos padres y presuntos hijos, parecería lógicamente—por lo menos, con sencilla lógica jurídica—que es menester poseer íntegramente el cuadro genealógico de las dos líneas ancestrales, tanto paterna como materna, para determinar cuales son los caracteres dominantes y cuales los recesivos, si es lineal la regresión respecto de un antepasado o si existe correlación ancestral en serie geométrica respecto de tales manifestaciones. Las ligeras variantes en la pigmentación de la piel, del iris y del cabello, que la pericia se ha esforzado en probar como existentes entre los menores y el presunto padre, en opinión del Fiscal no son jurídicamente suficientes para afirmar que aquellos no son hijos de este con arreglo a las leyes mendelianas, por que falta precisamente el cuadro genealógico de las dos líneas ancestrales, elementos de juicio indispensables para apreciar aquellas divergencias y caracterizarlas como regresiones. Por lo demás, como el mismo Gallardo lo observa: “la ley de Mendel ha sido comprobada por la experimentación cuidadosa, pero puede muy bien no estar exactamente de acuerdo con la estadística de poblaciones adultas, sin ser por ello falsa: es como si el físico proclamara la falsedad de la ley de la caída de los cuerpos, porque sus medidas durante la caída de plumas, papeles, corchos, balas, etc., en el aire no resultan conformes con esa ley teórica y pretendiera sustituirla por una fórmula numérica en que se introdujese los promedios de sus observaciones”. Y agrega: “la ley de Mendel nos dice lo que debe suceder en condiciones dadas; la ley de herencia ancestral lo que realmente sucede en las condiciones complejas y desconocidas en su mayor parte, del desarrollo de una especie biológica”. Si, entonces, “la gran ventaja del mendelismo estriba principalmente en que nos da una idea más clara del mecanismo íntimo de la reproducción sexual y permite preveer, siquiera imperfectamente, los resultados de cruzar diferentes razas”, al aplicarla al caso *sub judice* hay que establecer que los presuntos hijos son resultado del cruzamiento de padres de razas distintas,—francesa la madre: italiano, el padre—v. por ende, es indispensable presentar los antecedentes raciales de cada uno

de dichos padres: si solo se aducen los de uno y eso mismo incompletamente, mientras que de los del otro nada se dice, la aplicación de las leyes mendelianas carece a prima faz de todo carácter científico.

Debe el Fiscal, antes de terminar este rápido análisis de la pericia, manifestar sus salvedades acerca de la afirmación de uno de los peritos de que, respecto de las leyes mendelianas, "su comprobación presenta dificultades evidentes, siendo la experimentación imposible en la especie humana"; la parte actora, f 581, ha podido fácilmente rebatir esa aserción. Porque la historia nos demuestra que los pueblos son laboratorios de experimentación biológica en grande escala, y precisamente las diversas migraciones de pueblos, tanto en la antigüedad como en la época moderna, permiten deducir reglas o leyes sobre el cruzamiento de razas casi en tan perfectas condiciones de experimentación como las cruas de plantas, durante años, en el jardín de un convento permitieron al fraile Mendel inferir las reglas o leyes que constituyen el mendelismo. Así, la Italia—que en la época romana, y posteriormente, ha sido un campo de estupenda experimentación biológica y sociológica—ha permitido observar como resultado del cruzamiento de razas de todo género, la frecuente regresión de tipos ancestrales por la pigmentación, precisamente, del iris, del cabello y del cutis: es todavía frecuente, aún en Sicilia, comprobar que hijos de padres de pigmentación meridional caracterizada súbitamente presentan el tipo de pigmentación irídica o capilar nórdica, debido a la sangre de lejanos antepasados. Así, en Estados Unidos—que, en la época moderna, es un verdadero campo de interesante experimentación biológica y sociológica, con el extraordinario cruzamiento de tantas razas distintas—se observa igualmente en descendientes de ciudadanos radicados allí desde varias generaciones, la aparición de hijos de tipo de pigmentación distinta, lo que revela la influencia de la sangre de remotos antepasados. Añádase a esto el factor del ambiente—tanto climatérico como geográfico— que modifica la pigmentación, sobre todo cutánea, aún en hijos de razas relativamente

puras, como prueba el ejemplo de los godos establecidos en Italia y cuyos descendientes a las pocas generaciones resultaron con pigmentación más obscura, apesar de no haber habido cruzamiento de razas; y se comprenderá que “el factor modificante” a que aludía Davenport en la referencia antes recordada, puede ser de naturaleza distinta de la exclusiva combinación biológica de la sangre de las líneas paterna y materna. Todo ello está indicando que las leyes mendelianas no son absolutas ni exclusivas, y que es prematuro—cuando no quizás aventurado—pretender aplicarlas a la dilucidación forense de los casos de filiación, por cuanto no pueden los tribunales considerarlas como criterio indiscutible al cual deban supeditar sus fallos. Más aún: el Fiscal, con motivo del presente caso, ha considerado de su deber—una vez practicado su estudio—asesorarse de hombres de ciencia y de conocimientos especiales sobre mendelismo, y ellos también, consideran arriesgada y prematura esta tentativa de erigir tales leyes en criterio judicial en casos de filiación.

Tales son las razones que impiden al Fiscal tomar como base de su opinión la pericia médico legal y a ella sujetar su dictámen: reconoce que es grave cosa, en derecho, apartarse el magistrado de una pericia estrictamente científica y técnica—la sentencia apelada llega a decir de dicha pericia, f 513, que la “reputa esteril para los fines de esta litis y sin que ello implique desconocer su mérito científico y la innegable competencia y autoridad técnica de los distinguidos peritos que la subscriben”—pero mientras no hayan sido esclarecidas las dudas doctrinarias que le ha parecido encontrar en ella, en gran parte por lo menos entre líneas, considera que tal documento por sí solo no es *prima facie* bastante para desconocer la paternidad del *decurjus* y despojar a los menores del beneficio *juris tantum* que les confiere el expreso reconocimiento del padre natural: en el más favorable de los supuestos, solo constituiría un adnículo de prueba para ser tenido en cuenta al apreciar sintéticamente el conjunto de las probanzas de autos. Pero el art. 26 ley N°. 4128, lo autoriza además a proceder así, desde que establece que la

fuerza del dictámen pericial será estimada teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que la fundan, y la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica, y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca. De esto último pasará a ocuparse más adelante el Fiscal; la competencia de los peritos es cosa que tiene por muy reconocida; en cuanto a los principios científicos, ha hecho ya las salvedades que tanto la opinión del perito Dr. Roccatagliata como las del otro perito tercero Dr. Larguía le sugieren, amen de las recordadas opiniones doctrinarias del Dr. Angel Gallardo, reconocida autoridad en la materia y cuyo trabajo citado ha inspirado visiblemente la parte doctrinaria mendeliana de la pericia de autos; por lo que toca a la disconformidad de las opiniones de los peritos al formular sus conclusiones, ella consta de dicho documento; y, por último, ha aplicado el análisis de la pericia lo que, en su concepto de jurista, exigen las leyes de la sana lógica. La parte actora a f 572, recuerda el dicho de Mittermaier, cuando la disidencia de peritos versa sobre sus conclusiones: "si tal sucede, es necesario considerar a unos profesores con relación a otros y ver quien tiene derecho a ser preferido, según el grado notorio de su ciencia y de su pericia facultativa": pues bien: reconoce el Fiscal que, entre los peritos de autos, fuera de duda el Dr. Lehmann Nitsche tiene títulos sobresalientes de todos puntos de vista: si bien de la lista de sus trabajos publicados no se desprende que haya practicado estudios mendelianos especiales, de modo que parece conocerlos tan solo por la literatura técnica corriente; pero—como trata de explicarlo este dictámen—las razones que pesan en su ánimo para opinar como lo hace respecto de la pericia tienen carácter tal que son independientes de la mayor o menor autoridad científica de uno o todos los peritos, desde que se fundan en lo que, como magistrado, entiende que constituye una sana crítica jurídica respecto de la aplicación forense de aquellas leyes científicas, que no discute ni tiene a que discutir, por más que considere que tampoco les está vedado a los

magistrados apreciar aquellas, sirviéndose de opiniones igualmente autorizadas—como sería, en el presente caso, p. e., la recordada del director del Museo Nacional de Historia Natural, Dr. Angel Gallardo,—en lo que se refiere a las objeciones o fallas de las leyes mendelianas. Pero si V. E.—como deja abierta la posibilidad el auto de f 671—se decide a hacer uso del art. 57 Cód. de Proc. y, prescindiendo de la limitación que el pedido de ampliación de pericia solicitado a f 660 involucra, decreta para mejor proveer (malgrado el costo excesivo de estas experimentaciones tan técnicamente científicas) una pericia nueva, para lo cual hay entre nosotros especialista de indiscutible competencia—como, p. e., el Dr. V. Widakowich o el prof. Dr. Ch. Jakob—quizá se arribe entonces a una determinación científica absoluta del presente caso y se obtenga una opinión definitiva y fundada sobre bases y argumentación irrefutables. El Fiscal habría deseado insistir oportunamente en la conveniencia de ordenar tal pericia supletoria como medida para mejor proveer; pues considera muy grave la presente tentativa de implantar una pauta técnicamente científica—ajena, por ende, al criterio puramente jurídico—para dilucidar sin titubear las cuestiones judiciales de filiación: el presente peritaje somático es menester que sea sometido al crisol de otros peritos competentes, para que pueda quedar reconocido como precioso auxiliar de la justicia o del todo descartado como peligrosa aplicación de leyes biológicas aún no definitivamente fijadas o cuya evolución todavía se halla *in fieri*, pues el presente caso, en efecto, tendrá la importancia de sentar precedente para las futuras contiendas litigiosas de análoga naturaleza; por otra parte, lo cuatioso del patrimonio del *decurjus* permite afrontar, esta vez, el costo de la nueva pericia, no siendo tampoco forzoso que la apreciación final del tribunal sobre el monto de los honorarios periciales haya de coincidir con la estimación al parecer exagerada que los peritos de autos han hecho de su trabajo. Mientras no se verifique una nueva pericia y por peritos competentes distintos, lamenta, pues, el Fiscal tener que prescindir *prima facie* del informe médico legal que obra en autos, por lo menos como

decisiva pericia técnica que deba arrastrar su propio juicio, sin perjuicio de considerarla más adelante como adminículo de prueba al estudiar las demás constancias de autos, pues está muy de acuerdo con lo expuesto por la parte actora—a f 351 vta.—de que “la convicción judicial no se produce ni por la consideración de elementos aislados de prueba, que resulta de un análisis de lo obtenido en juicio, ni por una suma de elementos, sino por una síntesis total en que la serie de convencimientos parciales, cada uno de los cuales podría soportar una objeción de duda, se condensa y sintetiza en la convicción única, en la cual todos los signos negativos de la conclusión desaparecen y queda limpia y nítida la solución positiva”. Por ello dice con razón la sentencia, al prescindir cabalmente de la pericia de f 171: “el Juez no tiene, como los peritos, la función de investigar un determinado hecho con arreglo a los principios del arte o de la ciencia; cuando investiga, tiene delante de sí toda la prueba producida por las partes, y es en ella únicamente donde debe escudriñar la verdad con un criterio racional y práctico: los principios del arte o de la ciencia vienen así a quedar supeditados a ese concepto, y son tanto más aceptables cuanto más se conforman con las otras pruebas y con las reglas de la sana crítica”.

Corresponde ahora, entonces, entrar al examen del asunto del punto de vista exclusivamente jurídico. Y, para facilitar tal análisis, debe ante todo plantearse con claridad el caso jurídico *sub judice*.

Iniciada la testamentería del causante por su madre—f 8 exp. agr. “Arcardini Roque: su sucesión”—se pretendió excluir de su intervención a los menores, reconocidos expresamente dos de ellos por el *decurjus*, según así consta de las partidas de nacimiento respectivas: de f 1, 2 y 3, exp. agr. “Larraunde Da Celestina, solicitando nombramiento de tutor a los menores María Mafalda, María Carmen y Roque Humberto”, siendo de recordar que María Carmen y Roque Humberto fueron los reconocidos por padre y

madre: partidas cit. f 2 y 3, mientras que María Mafalda solo lo fué por la madre, partida de f 1. V. E. a f 367—autos sucesorios cit.—les acordó dicha intervención, habiendo el Fiscal, en su dictámen de f 365, sostenido la sana doctrina de que el reconocimiento expreso paterno les daba *juris tantum* la posesión de estado de hijos naturales, que solo podría perderse por sentencia firme, caso fuera impugnado dicho reconocimiento. Es efectivamente jurisprudencia—*Fallos, XXV. 434*—que si la filiación natural ha sido reconocida por el padre en instrumento público, no se requiere igual declaración judicial para intervenir en la testamentaria; porque tiene a su favor la presunción legal, y, si es cierto que puede ser contestada, hasta que recaiga pronunciamiento judicial prevalece el reconocimiento auténtico, pues es doctrina—*Fallos, CXXXIV. 112*—que para invalidar dicho reconocimiento el impugnante debe producir plena prueba de la falsedad del hecho. La madre del *de-cujus*, haciendo uso de la facultad que le acuerda el art. 335 Cód. Civ. ha contestado en forma la validez de aquel reconocimiento, diciendo de nulidad y arguyendo de falsedad: es esa, cabalmente, la razón de ser del presente incidente por separado, pues la jurisprudencia—*Fallos, LXXVII. 138*—así lo exige desde que revistiendo una partida de estado civil, por su forma, los caracteres de un instrumento público que hace plena fe en juicio de su contenido mientras no se argüido de falso por acción civil o criminal, la petición de oposición debe sustanciarse por separado pues implica un juicio en toda forma. Producida la impugnación—que hoy forma el incidente *sub judice* con arreglo a lo resuelto por V. E. a f 415 autos sucesorios cit.—continuaron interviniendo los menores, en su carácter de hijos naturales reconocidos, en la sucesión del padre, con arreglo a la resolución de V. E. f 507, autos cit. Mientras se tramitaba dicha sucesión, la familia del *de-cujus* inició causa criminal sobre suposición de parto y tentativa de defraudación, contra la madre de los menores y otros: exp. agr. cit. “E. Pasini y C. Rivarola: denuncia c| Celestina Larraude de Monyre y otros”, que no prosperó por haberse consentido la sentencia que la desestimaba a

mérito de estar prescripta la acción. Pero las constancias de ese expediente hacen parte de las pruebas de autos, por haberlo así solicitado ambas partes.

La presente acción sobre nulidad del reconocimiento de dichos hijos naturales hecho por el causante, se basa—escrito de f 1—en que aquellos menores “no son tales hijos, sino simulados por suposiciones de partos, que hizo Celestina para engañar a Roque Arcardini”. Las probanzas de la parte actora—la madre del causante—corren de f 24 a 217; la del tutor de los menores de f 219 a 311; el alegato de la parte actora, a f 312; el del tutor a f 371; el Consejo Nacional de Educación a f 46, se coloca del lado de la actora; el Ministerio de Menores, f 46 vta., del lado de los demandados; el Ministerio Fiscal, f 476, igualmente; la sentencia de f 484 rechaza la acción instaurada. Ante V. E. ambas partes han hecho amplísimo uso de su derecho, tanto en la expresión de agravios de la actora, f 533 como en el escrito de responde, f 597. Pocos asuntos judiciales, puede decirse, han sido objeto de más minuciosas probanzas y de más detenidos alegatos: en estos se analizan de tal modo las constancias de autos que casi no se requeriría volver sobre ellas, sino manifestar aquí lacónicamente su opinión el Fiscal sobre la procedencia o improcedencia de la acción *sub judice*. Con todo, no cabría expresar esa opinión sin aludir, siquiera sea con la máxima brevedad, a ciertas peculiaridades de las pruebas.

Las dos cuestiones principales debatidas han sido estas: ¿procede o no la acción, vale decir, es o no viable?; caso de serlo ¿está probado el hecho de la simulación de partos, fundamento de la nulidad de reconocimiento aducida? Y, en el escrito de responde, f 597, la parte demandada ha invocado otras defensas, de dilucidación previa: la cosa juzgada y la prescripción.

Ante todo, corresponde entonces ocuparse de la prescripción, ya que esta—art 3962 Cód Civ—puede oponerse en cualquier instancia y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, pues V. E. ha

declarado—*in re Beristayn versus Beristayn*: conf. *Boletín judicial* N.º 3240—que no hay una forma determinada para hacerlo y basta que una de las partes la oponga para que el tribunal esté en la obligación de pronunciarse a su respecto. Esta es jurisprudencia constante: *Fallos*, LXXV. 68; CLVI. 127; *passim*. La prescripción alegada se funda en que el causante, desde la fecha de los documentos denegatorios de la filiación reconocida—y a que se aludirá *infra*—o sea 1908; “no intentó ninguna acción y continuó tratando a los menores como hijos suyos”; prescripta la acción contra él, se ha prescripto contra los herederos, los actores (art. 4030, Cód. Civ.). Tal tesis no puede prosperar, pues la acción *sub judice* se basa en el art. 335, Cód. Civ., según el cual el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales puede ser contestado por los que tengan interés en hacerlo; y quien ha entablado la demanda es la madre del causante, es decir, su heredera, y su interés nace desde el momento en que se abre la sucesión o sea desde el fallecimiento del *decurjus*, siendo así que no ha corrido tiempo para prescribir desde tal fecha. El interés de la parte actora nace exclusivamente con la muerte del causante, no por cesión o representación de este, sino por derecho propio, de modo que lo hecho o no por aquel no la afecta en lo mínimo al respecto. Por lo demás, el causante fallece en marzo 28 de 1914, y la presente acción se deduce en septiembre 24 del mismo año, siendo jurisprudencia. —*Fallos*, CLI. 235—que el derecho del heredero para alegar el error o falsa causa del acto jurídico se prescribe a los dos años, aún cuando no haya intervenido en el otorgamiento, siempre que resulte haber tenido conocimiento de su existencia. Procede, pues, el rechazo de la prescripción aducida.

Por lo que toca a la cosa juzgada, es doctrina—S. C. F. *in re* García *versus* provincia de Buenos Aires—que no es admisible tal excepción deducida en el alegato; y el art. 95, Cód. de Proc., establece que solo podrá oponerse previamente antes de contestar la demanda. La única excepción a las reglas procesales sobre la materia es la del art. 3962 Cód. Civ., relativa a la prescripción: las

demás defensas se ajustan estrictamente a lo dispuesto en el Cód. de Proc. Procede, pues, el rechazo de la cosa juzgada opuesta como defensa de previo pronunciamiento. Por lo demás, ella se funda en el razonamiento de uno de los considerandos de la sentencia, sobre el cual precisamente no recayó pronunciamiento, contentándose el Juez con plantearla: al examinar dicha sentencia *infra* será el momento de ocuparse de ese aspecto de la cuestión.

Debe ahora dilucidarse la primera de las dos cuestiones de fondo: la relativa a la viabilidad de la acción. Desde que el reconocimiento de los hijos hechos por ambos padres en forma auténtica es irrevocable: art. 332 Cód. Civ., la contestación del mismo no es viable a estar *prima facie* a lo resuelto en *Fallos*, LVIII 134 a saber: que la prueba testimonial, cualquiera que sea su importancia, tendiente a justificar que el hijo no es tal hijo, carece de fuerza legal en presencia del reconocimiento expreso de la filiación, que consta de documentos otorgados por el padre y la madre. La sentencia, sin embargo, declara viable la acción en presencia del texto expreso del art. 335 Cód. cit. El Fiscal, siendo Juez, así igualmente lo resolvió—*Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales*, marzo de 1911, p. 161—en virtud de los siguientes fundamentos: a) que el art. 332 Cód. Civ., dispone expresamente que el reconocimiento que los padres hagan de los hijos naturales por escritura pública o ante los jueces o de otra manera, es irrevocable y no admite condiciones, plazos o cláusulas de cualquiera naturaleza, que modifiquen sus efectos legales, sin ser necesaria la aceptación por parte del hijo, ni modificación alguna; b) que si bien son tan estrictos los términos de esta disposición, no se los puede interpretar de un modo absoluto, y debe sentarse que la irrevocabilidad del reconocimiento es un hecho indiscutible por lo que se refiere al padre que lo hizo, pero en manera alguna respecto a aquellos otros a quienes puede perjudicar tal reconocimiento, porque tales personas, en defensa legítima de sus derechos, pueden acudir a los jueces para salvaguarda de aquellos intereses que, de otro modo, no podrían ser preservados de las injusticias y de las arbitrariedades

de padres sin conciencia que, no pudiendo invocar causas legítimas de desheredación, harían así una repartición caprichosa del patrimonio que tienen derecho a esperar aquellos a quienes engendraron; c) que esta conclusión es tanto más equitativa cuanto que, interpretando y relacionando las disposiciones legales existentes al respecto, se llega a igual solución, pues el art. 321 Cód. cit. prescribe que la legitimación puede ser impugnada no solo por los hijos del matrimonio por el que hubiesen de legitimarse los hijos, sino también por los hijos de un anterior o posterior matrimonio, por los que tengan su interés actual en hacerlo; d) que a esto debe agregarse la disposición del art. 335 Cód. cit., que no deja lugar a duda alguna, y según la cual el reconocimiento que hagan los padres de los hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo, disposición que es subsiguiente a la del art. 332; e) que, por otra parte, es preciso recordar, como lo dice el codificador en su nota al art. 325, “que la verdad de la escritura pública es meramente una presunción de la ley, desmentida todos los días, igual a la presunción de verdad de la declaración de los testigos; las leyes, que no pudieron llegar a una perfección absoluta, se han guiado en la constitución de las pruebas por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombres, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad: el título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo: más la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes, siendo así por su naturaleza una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos: son la evidencia misma; f) que la jurisprudencia ha interpretado en el mismo sentido la disposición del art. 332 Cód. Civ., la escritura de reconocimiento—se ha declarado: *Fallos*, XVIII. 307—constituye un acto personal y voluntario

y es sin duda irrevocable por parte del otorgante, pero nunca jamás puede oponerse a la posesión de estado que, por su naturaleza, es una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, pues es la evidencia misma; enhorabuena que el reconocimiento sea irrevocable, lo que solo quiere decir que quien lo practicó no puede volver sobre él, pero ello en manera alguna importa cerrar las puertas a los demás para hacer uso de su derecho: por eso declara el art. 335 que el reconocimiento que de sus hijos hagan los padres naturales puede ser contestado por sus propios hijos o por quienes tienen interés en hacerlo; g) que los tratadistas nacionales igualmente han interpretado en idéntico sentido la disposición del referido art. 332; “el reconocimiento—dice Segovia, I. 86—es solo declarativo, y no atributivo, de filiación: es irrevocable”; “lo que debe entenderse—dice Guastavino, II. 332—en el sentido de no ser permitido al padre o a la madre que lo hace, revocarlo a su voluntad, pero cualquiera legítimamente interesado puede combatirlo por los vicios de error o violencia, que hace ineficaz todo y cualquier acto jurídico”; “las personas interesadas en contestar la filiación—dice Llerena, II. 153—podrán demostrar que el reconocido no es hijo por ser imposible que lo sea, o probando en contra del hijo su verdadera filiación, es decir, que otro es el padre o madre del reconocido”; “el reconocimiento—dice Machado, I. 612—puede ser nulo o anulable cuando ha habido error, dolo o violencia”. Ahora bien: en el caso *sub judice* la acción de nulidad del reconocimiento de filiación es entablada por la madre del causante, quien había efectuado dicho reconocimiento, es decir, se trata de persona que tiene manifiesto “interés en hacerlo”. La procedencia, pues, de la acción instaurada queda fuera de cuestión.

Descartadas así las cuestiones anteriores, solo queda examinar si se ha probado o no la nulidad deducida, la cual se funda en que dicho reconocimiento—por parte del padre—fué arrancado dolosamente mediante la simulación de los respectivos partos, como lo confiesa la madre en documento privado que guardaba el padre en su caja de fierro, fotografiado de f 251 a 253, autos sucesorios:

confirmado por otra declaración análoga de quien afirma haber cooperado en el hecho. Esos documentos han sido reconocidos por sus firmantes: la madre declara en el suyo que “ha fraguado o simulado los tres alumbramientos o partos, que corresponderían al nacimiento de la niña Mafalda, Roque Humberto y María Carmen”; y la cómplice afirma que esos hijos “no han nacido del vientre de Da. Celestina”. Está probado en autos que esos documentos fueron redactados por el apoderado del *decurjus*. Con esos documentos se inició el proceso criminal por suposición de partos y tentativa de defraudación; allí declaró la partera aludida en los mismos, ratificando lo que en ellos se decía: también declaró la firmante del segundo documento en análogo sentido. La denuncia, sin embargo, no prosperó por dictarse auto de sobreseimiento definitivo, en virtud de estar prescripto el derecho de acusar, pues la fecha de aquellos documentos es la de febrero 10 y 14 de 1908 respectivamente, y la de la sentencia de noviembre 7 de 1914. Y en 24 de septiembre del mismo año, a f 1, se inicia la presente acción civil por nulidad del reconocimiento de los hijos, fundándola en la dicha causal de simulación de partos, por ser “nulo el reconocimiento fraudulentamente obtenido”.

Es con ese motivo que la sentencia plantea—sin resolverla deliberadamente— la cuestión de si la sentencia criminal implica la imposibilidad de basar sobre el mismo hecho delictuoso esta acción civil. El Fiscal, siendo Juez, ha estudiado esa cuestión en su sentencia *in re* Rigou *versus* Mulhall: siendo irrevocable aquel pronunciamiento criminal, queda cerrado el juicio definitivamente: art. 436, Cód. de Proc. Crim.; según el art. 1103 Cód. Civ. después de la absolución del acusado no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución. Con tal motivo decía en lo pertinente: a) que no se trata propiamente de una sentencia absolutoria, desde que el proceso no llegó a plenario, pronunciándose el Juez del sumario en el sentido del sobreseimiento, es decir, no haciendo lugar a la acusación; ahora bien, si es verdad que el sobreseimiento definitivo cie-

rra para siempre la faz criminal del proceso, de modo que no podría reabrirse: ¿es acaso exacto que también cierra la puerta a toda reclamación civil? Tal es la cuestión doctrinaria planteada: de un lado se argumenta diciendo que, en materia de culpa, el fuero penal se extiende tan solo a la *in comittendo*, de modo que la declaración de la sentencia criminal no se refiere a la culpa o dolo del fuero civil; de otro lado se sostiene que, estando la culpa incluida en los grados de responsabilidad del autor de un hecho; art. 15 a 17 del Cód. penal, el pronunciamiento del fuero criminal ha abarcado todas las modalidades de la misma, de modo que no puede volverse sobre ellos; *b*) que— S. C. F.: *Fallos*, LXXV. 407,—se ha sentado la doctrina de que “lo dispuesto por el art. 1103 Cód. Civ., no es aplicable al sobreseimiento definitivo ordenado por el Jefe de Instrucción, por cuanto no ha habido juicio en que el acusado haya sido absuelto”; *d*) que los comentadores argentinos también sostienen análoga doctrina: Segovia, I. 301, dice: “los tribunales del crimen no están llamados a estatuir sobre la existencia de hechos considerados no como que presentan los caracteres de un delito de derecho criminal, sino como que ofrecen los caracteres de un delito de derecho civil, de un cuasi delito, o de cualquier otro acto capaz de engendrar, bajo el punto de vista del derecho civil, cualesquiera consecuencias legales; según el objeto y la naturaleza de la institución de estos tribunales, sus decisiones dejan entera e intacta la cuestión de saber si, en un caso dado, se ha cometido o no un delito de derecho civil o un cuasi delito: si los hechos imputados al proceso le son imputables en relación a las consecuencias visibles que se considera derivar de ellos y si son bastantes para autorizar una demanda por daños y perjuicios, o una acción de excepción de nulidad, o cualquier otra reclamación de interés civil, y cuales son las personas sobre las que debe recaer, bajo el punto de vista del derecho civil, y el perjuicio resultante de un hecho punible”; Llerena, IV. 168, a su turno dice: “el juez del crimen solo declaró la irresponsabilidad penal, pero de ninguna manera ese fallo puede ir hasta absolver o condenar por la responsa-

bilidad de que la ley civil pueda imponer: tratándose de hechos que dicho Juez ha juzgado como no pasibles de pena, como sería el caso de un delito puramente civil o de un cuasi delito, se puede probar que, si bien ha sido absuelto, el hecho constituye a los ojos de la ley civil un delito que obliga al que lo cometió a indemnizar el daño causado"; Machado, III, 390. enseña que el artículo 1103 "no importa establecer que si el acusado hubiese sido absuelto en el juicio criminal no pueda ser molestado en el civil, porque responderá por el daño siempre que lo hubiere ocasionado por su descuido o negligencia"; y añade: "la ley da jurisdicción al tribunal del crimen para estatuir sobre la existencia o no existencia del hecho, pero separa la pena que el tribunal debe aplicar de las consecuencias naturales que haya producido el hecho mismo, sometiéndolo a la jurisdicción civil; el acusado de un delito puede ser absuelto de la pena por la jurisdicción criminal, pero esta absolución no lo liberta de responder por los daños y perjuicios que hubiere causado, porque la sentencia solo tiene la fuerza de la cosa juzgada en cuanto a la existencia del delito y a la culpabilidad del individuo, hechos sobre los cuales no se puede volver a discutir"; d) que el mismo codificador, en su nota al art. 1103, patrocina idéntica interpretación: "si un tribunal criminal juzgara—dice—cuando no hay parte que el hecho de que el acusado es reconocido autor es completamente irreprochable y que no puede dar lugar ni a la aplicación de una pena ni a una condenación de daños e intereses, la sentencia sería sin valor respecto a este último punto y la persona perjudicada podría ocurrir ante la jurisdicción civil y entrar en la cuestión de la existencia de un delito del derecho civil o de un cuasi delito, cuestión que el tribunal criminal no habría tenido derecho a decidir"; e) que para apreciar la influencia de la sentencia criminal sobre el presente juicio civil, es menester observar también que en todo hecho delictuoso hay dos aspectos legales: el del interés público, por la reprobación de aquél y el del interés privado, por la indemnización del perjuicio causado; que la acción pública, *ante omnia*, tiene en cuenta la aplicación de la ley penal,

prescindiendo del resarcimiento del daño; que, desapareciendo el carácter delictuoso del hecho, el Juez de lo criminal no tiene por que abrir opinión sobre el daño causado; que, al pronunciarse sobre el mérito del sumario y decretar el sobreseimiento, no ha dictado absolución alguna, puesto que no ha habido acusación ni defensa, ni se ha elevado el proceso a plenario; f) que el codificador argentino—nota citada: al art. 1103—ha precisado el único caso de antinomia insalvable entre ambas jurisdicciones: el relativo a la existencia del hecho y a su imputación, diciendo “eso sería un escándalo jurídico contrario a la razón y a la verdad, que debe suponerse en los juicios concluidos”; desde luego, pues, no cabría pretender que un pronunciamiento previo al juicio verdadero y que no hace lugar al mismo, sobreseyendo en las constancias del sumario, pueda impedir que ese mismo hecho obligue a responder por las responsabilidades civiles que ha engendrado, puesto que, por su culpa, ha ocasionado un daño a otro; ni menos cabría, por lo tanto, eximirlo de tal responsabilidad en presencia del texto expreso del art. 1109 Cód. Civ.; la resolución del fuero criminal no ha contemplado ni ha podido contemplar esta faz del hecho; y no podría entonces invocarse la *res judicata* siquiera en los términos amplios admitidos por el codificador para casos semejantes: el sobreseimiento definitivo lo único que significa es que no existe causa criminal, de modo que, no existiendo tal causa, no puede ser invocada para impedir que prospere la acción civil. Aplicando esa doctrina al caso *sub judice*, se observa que propiamente no hay identidad de cosa, de personas y de calidad, de modo que no cabría por ello invocar la cosa juzgada: es verdad que el fundamento de la presente acción civil es el hecho mismo de la suposición de partos, pero aquí no se demanda a la madre, presunta autora de tal hecho, por indemnización de daños y perjuicios emergentes del mismo, sino que se aduce el hecho como explicación del dolo cometido para arrancar al padre fraudulentamente el reconocimiento de los menores como sus propios hijos, y es en ese dolo, que vicia la voluntad del otorgante, que la parte actora hace basar la nulidad alegada. Desde

luego, entonces, el sobreseimiento del juicio criminal no puede impedir este juicio civil; allí, por la prescripción operada, se declaró no poderse acusar a la autora presunta del delito, pero sin pronunciarse sobre este mismo; aquí, no se trata de dicha autora ni de su responsabilidad, sino del hecho mismo en cuanto ha sido el dolo calificado con el cual se ha realizado el fraude que se alega.

Lo primero que ocurre en presencia del singular documento de la madre, es apreciarlo en su valor legal, no solo como denegatorio de su propia maternidad sino de la del padre, que había reconocido a sus hijos al denunciar al registro civil el nacimiento respectivo. Prescindiendo por el momento de la explicación que da la madre, al declarar—tanto en el juicio criminal como en el civil—y de lo que sobre el particular se desprende de la prueba de autos, surge la primera observación legal: el art. 295 Cód. Civ. dice que cualquier declaración o confesión de la madre, afirmando o negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna. Cier-to es que no era la esposa sino la concubina del padre, pero la regla jurídica subsiste: es la descalificación de todo testimonio de la madre respecto de la paternidad del padre; no solo es tal criterio aplicable al caso de uniones legítimas, sino la de ilegítimas, porque el fundamento moral es idéntico en ambos casos, y no habría filiación posible—legítima o ilegítima—si la madre pudiera descalificarla a su antojo. Si bien el codificador ha expuesto tal regla al tratar de los hijos legítimos, la misma razón que allí la justifica igualmente la extiende a los hijos naturales. Agréguese a esto la segunda observación puramente legal, también: el art. 332 Cód. cit., ordena que el reconocimiento que los padres hagan de los hijos naturales es irrevocable; ahora bien, el documento de la referencia es una formal revocación del propio reconocimiento efectuado por la madre en las partidas de registro civil, de modo que menos procede tomarlo en consideración de este punto de vista, pues la ley expresamente lo prohíbe. Añádase, por último, esta tercera observación doctrinaria: ese documento es una aclaración de la madre que no liga, ni puede ligar, la voluntad del padre, y si este no

le dió curso alguno en vida, ni intentó hacer uso del mismo en ninguna forma, ni siquiera varió en su actitud respecto de los hijos, resulta que tal documento—aún en la hipótesis de quedar descartados los dos óbices legales antes expuestos—no ha modificado en forma alguna el reconocimiento auténtico verificado por el padre, y que su voluntad de considerarse como tal padre de tales hijos ha subsistido y ha sido la misma después de conocer el documento como lo era antes de conocerlo. Y, sobre todo, es jurisprudencia—*Fallos*, CLXXVIII. 157—que el reconocimiento que el padre natural haya hecho no puede ser contestado por la que, invocando el carácter de madre, haya reconocido al menor con posterioridad. Tal ha sido el caso *sub judice*; de modo que, en el supuesto de ser exacto el hecho declarado en el documento de la madre, jamás podría prosperar esa contestación suya ante las constancias del reconocimiento hecho por ella misma de tales hijos con posterioridad al verificado por el padre. No podría, pues, alegarse que este último reconocimiento había sido fraudulentamente obtenido y que la voluntad del otorgante había sido violentada por el dolo, pues el padre, con perfecto conocimiento de tal documento, no le ha atribuido la menor importancia, lo que indica que no ha habido tal dolo ni tal fraude que forzara su actitud. ¿Donde, pues, ha estado el engaño del otorgante, donde el dolo y el fraude que vician el acto jurídico? Si tuvo conocimiento del hecho que se alega como causal del dolo y fraude, y no modificó el acto jurídico, quiere decir que lo ratificó y revalidó tácitamente: y es deber de los tribunales sostener la validez de los actos jurídicos, no pronunciando la nulidad sino cuando la ley la establece de una manera ineludible, tanto que—*Fallos*, X. 141—En ausencia de una terminante prescripción deben estar más bien por la validez de los actos que por su nulidad.

Pero, dejando de lado ese razonamiento por ahora, y pasando al examen de la prueba acumulada para mostrar la verdad del hecho declarado en dichos documentos o sea la suposición de partos, cabe observar que la explicación dada por la madre de que fir-

mó el documento por complacencia, a pedido del padre y para salvar escrúpulos de familia de este, es perfectamente lógica en una querida que, por cariño o conveniencia, depende en absoluto de su amante: pero niega enérgicamente la verdad del hecho. La actitud de la partera, que confiesa cínicamente haber cometido el delito prescripto, es doblemente sospechosa en presencia de sus antecedentes policiales y de las contradicciones en que incurre, sobre todo cuando se aprecia su testimonio a la luz de las demás pruebas. Así, la firmante del otro documento aludido incurre en tan singulares y graves contradicciones, que está revelando una verdadera trama falsa, ligada con la actitud de otros testigos. El análisis que al respecto practica la sentencia es lapidario: el Fiscal ha controlado minuciosamente esas declaraciones y solo le resta manifestar que, en su opinión, todas ellas son claramente falsas respecto del hecho imputado.

Y, luego, el sentido común lo dice a grandes voces. Si la Celestina creyó deber cometer una vez el delito de suposición de parto para engañar al amante y retenerlo en sus redes, es inverosímil que lo repitiera otra y otra vez, sin necesidad y como deporte inexplicable. Pero el amante, que a diario cohabitaba con ella—que siguió cohabitando hasta el día mismo de su fallecimiento, años después del nacimiento del menor de los hijos—es inadmisibile que no se apercibiera de que no había signos exteriores de embarazo: el burdo dicho de algunos testigos, de que la madre se ponía bolsas debajo de las ropas para simular dicho embarazo, no ocurre ni al infeliz más infeliz, pues en el hecho no cabe tal ardid y el amante que tiene en sus brazos a su querida—y que con ella cohabita a diario—se da bien cuenta de si esta tiene o no bolsas sobre el vientre... No resiste al análisis semejante patraña, máxime tratándose de un hombre como el *decurjus*, vivísimo, habilísimo, gran especulador, gran pleitista, y hombre a quien no podía pasarse gato por liebre con procedimientos semejantes, de una ingenuidad verdaderamente adorable!

Agréguese a esto las declaraciones de los testigos que vieron a

la madre amamantar a los hijos, y lo cual implica el parto previo efectivo. Agréguese la diaria visita del padre, que evidentemente ha debido presenciar lo mismo. Añádase la constante y no variada actitud del padre, denunciando personalmente el nacimiento de sus hijos y reconociéndolos por tal acto; tratándolos como tales, poniéndolos en colegio, demostrándoles su cariño hasta el día de su muerte. ¿Cómo admitir que ese hombre, si los documentos referidos hubieran constituido para él una revelación inesperada, si hubiera creído en la verdad del hecho y en la afrenta ridícula que para él implicaba, hubiera continuado cohabitando con la querida que tal cosa declaraba haber hecho, y hubiera seguido queriendo a los menores y tratándolos como sus hijos? Es absolutamente inverosímil: la explicación de que lo hacía por conmiseración y altruismo es insubsistente, pues no cabe que perduren las relaciones amorosas con quien así se hubiera portado ni que siguiera tratando a los menores con el mismo e invariable cariño paternal: podría eventualmente haber lástima respecto de los menores, inocentes del pretendido fraude, pero jamás puede concebirse—en quien se encuentre en su sano juicio—que siga tratando a la querida, autora confesa de tan sangrienta burla, con el mismo cariño de antes y continúe cohabitando con ella hasta el día mismo de su muerte... Lo verosímil es la explicación de la madre: esos documentos se firmaron para tranquilizar a la familia del padre, respecto de un eventual casamiento de los amantes. Por lo menos esta explicación es lógicamente aceptable, aún cuando otra fuera la verdadera razón; pero lo que es lógicamente inaceptable sería la actitud del padre con posterioridad a la fecha del documento, en el supuesto de que no fuere un ardid urdido de común acuerdo. Dentro de lo humano, y dada la psicología del *decurjus*, no cabe esa actitud si hubiera creído en la verdad del hecho.

Ante esa firme voluntad del padre de mantener la validez del reconocimiento por la posesión de estado constante ¿cómo pretender invalidarla a mérito de una pericia asentada sobre principios en parte discutibles, y sobre datos en parte incompletos o del

todo deficientes, y sobre variantes ligerísimas en la pigmentación de los menores, hecho posiblemente susceptible de diversa explicación? Las pruebas de autos y las constancias del mismo convierten en firmemente asertivo para los menores el beneficio de la duda que —en el más desfavorable de los casos— se desprende a su respecto de la pericia.

Ahora bien: es doctrina—*Fallos, CXXXIV. 112*—que para invalidar el reconocimiento de la paternidad natural por instrumento público, el impugnante debe producir prueba plena de la falsedad del hecho. Y manifiestamente no se ha rendido en autos tal prueba plena. Es muy grave cosa anular un reconocimiento auténtico de paternidad, reforzado por la cariñosa actitud del padre respecto de los hijos y de la madre hasta el momento de su muerte, solo porque se presenta una prueba documental, testifical y pericial, que la sana crítica desmenuza en sus contradicciones, posibilidad de interpretación diversas y deficiencias visibles. Solo una prueba plena, convincente, indubitada, podría llevar a un tribunal a anular un reconocimiento irrevocable de filiación en condiciones semejante.

Es por todo ello que el Fiscal—serenada su conciencia después de un estudio atento de autos y de un meticoloso examen de las probanzas rendidas—ve con evidencia de razón que no puede prosperar la nulidad invocada, y que la validez del acto jurídico del reconocimiento de paternidad cierra la puerta a todas las dudas. Por ello es de opinión que V. E. debe confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

ERNESTO QUESADA

NOTA—La doctrina sostenida en el dictámen anterior ha sido consagrada en todas sus partes en la sentencia de la Cámara, de noviembre 9 de 1918: queda hoy establecido por nuestra jurisprudencia que la ley de Mendel es ineficaz para resolver y decir si una persona es o no hija de otro, lo cual resulta del estado actual de nuestros conoci-

mientos". El tribunal—por el voto unánime de los camaristas Zapiola, Beltrán, Helguera, Gijena, Juárez Celman, que hicieron suyos los fundamentos del voto del primero—clara y nítidamente dijo lo siguiente: "La prueba pericial debe desestimarse a mérito de las juiciosas consideraciones que aduce el Fiscal de Cámara en su extenso dictámen. El profesor Lehmann Nitsche, cuya competencia es indiscutible, no ha dispuesto, como lo demuestra el Fiscal, de los elementos necesarios para fundar sus conclusiones. No ha tenido, en efecto, antecedentes algunos respecto de la familia de Celestina Larroude, y no puede en consecuencia sostener la exactitud de esas conclusiones. El, sin embargo, solo afirma que María Mafalda y Roque Humberto no son hijos ni del causante ni de Celestina Larroude; pero, respecto de María Carmen, lejos de hacer igual afirmación, opina que es completamente europea, no representando ningún carácter de inferioridad, que el color de la piel fina y blanca guarda semejanza con el de Celestina, siendo de tonalidad más clara sin alcanzar el color de la piel de Roque (el causante), que debe haber sido blanco rosado; que el pigmento del iris es "ocre anular, resto azul verdoso" y difiere por consiguiente del de Celestina, que es "azul apenas ocre anular" mientras que el iris de Roque (el causante) es "azul acero" (s. 209 vta). Y apesar de estos datos, que demuestran la posibilidad, sino la evidencia de ser María Carmen hija del causante y de Celestina Larroude, ya que el color de su piel y de sus ojos es un término medio entre el color de la piel y de los ojos del causante y de Celestina, el perito se limita a decir que los caracteres somáticos de María Carmen no permiten reconocer con exactitud suficiente, si es hija o no de Roque Arcardini y Celestina Larroude (fs. 216). Esta misma conclusión demostraría la ineficacia de la aplicación de la ley de Mendel para resolver y decidir si una persona es o no hija de otra. En cambio, el perito Alfredo Larguía es más radical que Lehmann Nitsche, pues afirma (fs 213 vta) sin demostración alguna, que las niñas María Carmen, María Mafalda y Roque Humberto no pueden ser hijos de Roque Arcardini y Celestina Larroude, pero que desgraciadamente esta deducción no tiene el valor que sería de desear, porque es posible de objeciones, que es imposible dilucidar por el momento. ¿Cómo puede afirmar entonces que ninguno de los tres menores pueden ser hijos de Roque Arcardini y de Celestina Larroude? El Dr. Rodolfo J. Roccatagliata declara, en conclusión, que en el estado actual de nuestros conocimientos y los elementos de estudios unilaterales de que han dispuesto, no es posible asegurar que los tres niños María Carmen, María Mafalda y Roque Humberto, sean o no sean hijos de Roque Arcardini y de Celestina

Larroude fs. 213. Y a fs. 212 vuelta, hace esta pregunta: ¿porque ovejas blancas, de antecesores blancos también, de antecedentes de razas siempre blancas, de su conjunción con un carnero blanco y de los mismos antecedentes, nos produce a lo mejor un condero negro? Agrega que falta en absoluto la explicación científica satisfactoria de este hecho. Ahora bien, estando así en perfecto desacuerdo en sus conclusiones, apesar de estar conformes con las bases fundamentales del estudio hecho, que sin duda pertenece al profesor Lehmann Nitsche, ¿cómo podríamos los jueces aceptar cualquiera de las conclusiones del perito que niega en absoluto que los menores sean o puedan ser hijos del causante y de Celestina Larroude, si no demuestra en forma alguna la exactitud de tal afirmación? ¿Y como podríamos aceptar la conclusión del perito que afirma que dos de los niños no son hijos, y que los caracteres somáticos del tercero no permiten reconocer con suficiente exactitud si es o no hijo, si evidentemente se trata de un estudio incompleto hecho solo con elementos unilaterales procedentes de la rama del presunto padre? Y obligado a apreciar la fuerza probatoria de tres dictámenes contradictorios, ya que no es posible, sin disponer de nuevos elementos de estudio suministrados por la rama de la presunta madre, adelantar las investigaciones, acepto sin vacilar las conclusiones del perito Roccatagliata, que es la que me parece más de acuerdo con las leyes de la sana lógica en los términos del art. 26 de la ley 4128 o sea, que en el estado actual de nuestros conocimientos y con los elementos de estudios unilaterales de que han dispuesto los peritos, no es posible asegurar si los niños de que se trata, son o no hijos del causante y de Celestina Larroude". En cuanto al aspecto estrictamente jurídico del caso he aquí lo que dice la sentencia: "Debe ante todo determinarse quienes son los demandados, punto que no resulta claramente establecido por la discusión. Son tres menores los que se dicen hijos naturales de Roque Arcardini, pero únicamente dos de ellos han sido expresamente reconocidos en tal carácter por dicho señor al denunciar su nacimiento en la correspondiente oficina del registro civil (actas de nacimiento de fs. 1 y de fs. 5, incidente sobre nombramiento de tutor, correspondiente a Roque Humberto y a María Carmen Arcardini). En la demanda se formula sin embargo la petición final en estos términos: promuevo incidente para que V. E. declare 1º. que los menores que se pretenden hijos naturales de Roque Arcardini, habidos con Celestina Larroude, no son tales hijos sino simulados por suposiciones de parto, que hizo la Celestina para engañar a Roque Arcardini. Parece, pues, que la demanda comprendiera a los tres menores que se pretenden hijos del causante,

pero viene enseguida la segunda petición cuyo texto limita la anterior, cuando dice: 2º. **que en consecuencia es nulo el reconocimiento fraudulentamente obtenido de dos de ellos**, debiendo anotarse oportunamente esa nulidad en las respectivas actas del registro civil. Según esta segunda petición, la demanda tiene solo por objeto anular el reconocimiento que de dos de los menores hiciera Roque Arcardini, y así lo confirma el mismo actor, cuando en el alegato (fs. 315) establece los dos aspectos que presenta la cuestión que se debate en el juicio, o sean: 1º. si la calidad de irrevocable que el art. 332 Cód Civ. atribuye al reconocimiento de hijos naturales, obsta a la acción de nulidad del mismo reconocimiento, y 2º. si admitida la legitimidad de la acción de nulidad, está probado en este juicio el dolo de que fué víctima Roque Arcardini al reconocer como hijos naturales suyos a dos de los tres menores que se le atribuyen como tales hijos, y debe en consecuencia **anularse el reconocimiento**. El Juez de 1ª. Instancia, en el párrafo final de la sentencia, dice: quedan definitivamente disipadas las nubes que se cernían sobre el origen de tres menores y dos de los mismos, por consiguiente, podrán entrar en la posesión plena de lo que legítimamente les pertenezca (fs. 523). Tanto la demanda como la sentencia prescinden de la menor María Mafalda, quien no habiendo sido expresamente reconocida por el causante, no está ni puede estar comprendida en una demanda que tiene por objeto la declaración de nulidad del reconocimiento que el mismo hiciera expresamente de Roque Humberto y María Carmen. A María Mafalda le quedaría siempre el recurso de una demanda de filiación, para establecer su estado de familia, por medio de la posesión de estado... La cuestión de saber si es o no viable la acción de nulidad deducida, que plantea la parte actora y resuelve la sentencia en sentido afirmativo, estaba de antemano resuelta por el art. 335 Cód. Civ., que acuerda a los propios hijos, o a los que tengan interés en hacerlo, el derecho de contestar el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales. Si la acción de nulidad de reconocimiento hubiera sido intentada por el mismo que lo hizo, o sea por Arcardini, hubiera sí podido surgir la cuestión (hoy ya imposible) de saber si, apesar de ser irrevocable el reconocimiento que los padres hagan de sus hijos naturales, podrían los mismos padres impugnarlo por razón de dolo o de cualquier otro de los vicios del consentimiento; pero no tratándose de una acción de nulidad deducida por el padre sino por terceros interesados, como son en el caso los herederos legítimos, parece indiscutible el derecho de promoverla, atenta la citada disposición del art. 335 Cód. Civ. Los herederos legítimos pueden contestar el reconocimiento de pa-

ternidad aun hecho en forma auténtica por el causante, pero tratándose de algo tan grave y delicado como es impugnar actos de su propio autor, para privar a terceros de su estado de familia, parece que las pruebas que deban aducirse a tal efecto deben comportar en su conjunto la evidencia misma, excluyendo naturalmente toda declaración o manifestación emanada de los mismos padres, porque si fuera posible admitirlas como prueba sería ilusorio el principio consagrado por el citado art. 332 sobre la irrevocabilidad del reconocimiento... No tiene valor alguno el documento firmado por Celestina Larroude y que el Juez designa con el N°. 9, pero no por las razones que se aducen de fs. 494 a 497 vta., de la sentencia, que no me parecen decisivas, sino porque la madre que ha reconocido a sus hijos naturales, expresamente y en forma auténtica, ante el funcionario del registro civil, no puede afirmar después válidamente al menos que los reconocidos como tales no son sus hijos. Si una declaración semejante pudiera tener valor probatorio, el reconocimiento que los padres hicieran de sus hijos naturales no sería irrevocable, como lo dispone expresa y terminantemente la ley, sin admitir condiciones, plazos o cláusulas de cualquier naturaleza, que modifique sus efectos legales (art. 332 cit.). Se trata por lo demás de un documento privado: ¿puede admitirse la posibilidad legal de que declaraciones hechas en un instrumento público con todas las formalidades legales, como son las actas de nacimiento o reconocimiento, levantadas ante el jefe del registro civil, puedan ser desvirtuadas y aún destruidas por declaraciones contrarias, hechas en instrumento privado, redactadas por un tercero y firmadas ante el mismo por una mujer ignorante, que afirma después ante el Juez la inexactitud de esas mismas declaraciones? Es verdad que el apelante sostiene a fs. 552 vta., que un acta de nacimiento o de reconocimiento levantada ante el jefe del registro civil no es un instrumento público, porque no está comprendida en la enumeración que hace el art. 979 Cód. Civ., refiriéndose el inc. 1º. únicamente a los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales, pero tal afirmación importa un claro y evidente error: si para la ley son instrumentos públicos los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales, ¿por que no habrían de serlo también los asientos relativos a los nacimientos? La enumeración que contiene el citado art. 979 no es, por lo demás, limitativa y lo demuestra el texto del inc. 2º. según el cual son instrumentos públicos: cualquier otro instrumento que extendieran los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado. El apelante sostiene también (fs. 545 vuelta) con igual

error, que las declaraciones hechas en un instrumento público tienen el mismo valor que las hechas en un instrumento privado, la autenticidad de cuya firma ha reconocido quien la escribió; olvida que eso puede ocurrir cuando se trata del derecho propio del firmante, y así la declaración de una escritura pública puede quedar sin efecto ante las partes que la otorgaron, mediante un contra documento, pero el contra documento no tendrá efecto contra terceros, si no está anotado en la matriz o en la copia (art. 996). En el caso, el documento privado de que se trata, aún reconocido, no puede tener igual valor que las actas de reconocimiento de sus hijos hecho por Celestina Larroude ante el jefe del registro civil, porque tales actas acuerdan a los hijos un derecho que la madre no puede revocar en forma alguna, y menos de propia autoridad. ¿Cómo puede sostenerse entonces que el documento privado reconocido tiene en el caso el mismo valor que las actas de reconocimiento levantadas ante el jefe del registro civil? Pero se dice que el instrumento público solo hace plena fe—hasta que sea arguido de falso por acción civil o criminal—de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo o que han pasado en su presencia (art. 993 Cód. Civ.). Es, pues, la existencia material de estos hechos lo que podría objetarse, lo que podría arguirse de falsa, de acuerdo con esa disposición legal, y así podría afirmarse y probarse que Celestina no concurrió al acto del reconocimiento, o que no es suya la firma que lo suscribe, o que no estuvieron presentes los testigos del acto; pero no se dice ni se insinúa siquiera nada de esto, y, entonces, el hecho del reconocimiento no está impugnado ni ha sido arguido de falso, y, como tal reconocimiento es irrevocable, es evidente que el documento suscripto en 1908 por Celestina, contradiciéndolo, es de todo punto inocuo. Lo que dice la Larroude, a fs. 101 vta. del juicio criminal, que firmó el documento sin enterarse de él, a pedido de Arcardini, quien le dijo que era para agradar a su familia, como lo declara Mañay (p 285 vta. autos corrientes) al referir la razón que le dió Arcardini para pedirle la confección de los documentos que firmaron Celestina y la Biscaldi, o sea, que deseaba tranquilizar a su familia, la cual temía que el fuera a casarse con la misma Celestina, parece verosímil, dada la ulterior actitud del causante, quien continuó viviendo con su querida y preocupado siempre del cuidado de sus hijos. Y, en efecto, el causante continuó hasta su muerte atendiendo todos los gastos de subsistencia de Celestina y de los hijos naturales María Carmen y Roque Humberto, que estaban al cuidado de la misma, poniendo al último a medio pupilo en el colegio Carlomagno. Así lo confiesa Ma-

ría Arcardini de Castodot al absolver la 2ª. posición del pliego de fs. 296, aún cuando agrega, lo que es de todo punto inverosímil, que lo hacía en razón de sus sentimientos caritativos y religiosos que lo inducían a proteger a toda criatura huérfana y con mayor razón a los menores de que se trata, y que es cierto que colocó a Roque Humberto en el indicado colegio, pero solo en el carácter de hijo adoptivo. Y fuera de esta confesión, que basta para dar por comprobados los hechos a que se refiere, están los numerosos papeles que obran de fs. 221 a 247, escritos de puño y letra del causante según la pericia de fs. 305, que confirman y ratifican esos mismos hechos. La mayor parte de esos documentos no tiene fecha, o la tienen anterior a la del documento firmado por Celestina, (10 de febrero de 1908) pero existen dos de esos documentos, el de fs. 224 y el de fs. 242, que llevan al dorso la indicación del año en que han sido escritos: el primero de esos papeles es un fragmento de una circular del Banco Comercial Italiano, en el que aparece impresa la fecha 16 de marzo de 1910; y el segundo es un fragmento de un aviso de remate del martillero Publio Massini, en el que aparece el año en que ha debido tener lugar: 1910. Pues bien, en el primero de esos papeles Arcardini le dice a su concubina: Celestina, mandame decir como sigue Roquito, no lo dejes levantar y que esté bien abrigado en la cama... Roque. En el segundo, le dice: Celestina. No vengo (quiere decir no voy), hace mucho frio, acostá temprano a los chicos, y mandame nota de lo que necesitas de almacén. Roque. Resulta, pues, de estos documentos auténticos e indubitables, que en 1910, o sea dos años después de haber firmado Celestina el documento redactado por Mañay, el causante continuaba en relaciones con la misma, atendiendo las necesidades de la casa en que vivía con sus hijos, y tratando a estos con el mismo afecto con que pudiera hacerlo el más cariñoso de los padres. Ahora bien: la razón se resiste a creer que si fuera exacto lo que ese documento dice, o sa que la Larroude engañó vilmente a Arcardini, haciéndole creer que eran suyos los tres hijos postizos que le trajeron unas parteras, y que ella simuló haber dado a luz, la víctima de burla tan sangrienta continuara viviendo tranquilamente con la autora de esa burla, y cuidando y tratando a los falsos hijos con el mismo cariño y la misma consagración con que lo hiciera antes de haber descubierto el engaño, y es tal el efecto que produce en el espíritu esta reflexión, que, apesar de no creer en Mañay, se inclina a aceptar la explicación que da al respecto, porque parece que esa explicación es mucho más verosímil que la que da María Luisa Arcardini de Castodot, consistente en decir que el causante procedía así en razón de sus sentimientos carita-

tivos y religiosos, que lo hacían proteger a toda criatura huérfana y con más razón a los menores de que se trata. La explicación de Mañay concilia la existencia del extraño documento con la actitud observada por el causante después de tenerlo en su poder: lo guarda y continúa como antes viviendo con su querida y cuidando a sus hijos con ejemplar dedicación, lo que demuestra que no creía en las confesiones que Celestina había hecho a su pedido; mientras que la explicación de María Luisa deja en pie todas las dudas, ya que no puede sospecharse ni concebirse que un hombre normal y, más que eso, vivo, como se dice que era Arcardini, lleve su caridad y religiosidad hasta el extremo de cargar con hijos ajenos, y, más que eso, atenderlos y cuidarlos y preocuparse de ellos con la misma solicitud que si se tratara de hijos propios. El mismo ha llevado al menor Roque Humberto al colegio Charlemagne y lo ha inscripto con el nombre de Roque Arcardini, diciéndose su padre adoptivo, según lo declara el director en el informe de fs. 281. El causante, o más bien dicho su ignorancia, celebraba así una transacción con sus sentimientos, y se llamaba padre adoptivo para no desmentir abiertamente ante su familia las declaraciones contenidas en el documento, que para complacer a la misma le había hecho firmar a su concubina. El documento firmado por Celestina Larroude no tiene, pues, como queda demostrado, valor alguno legal en cuanto importa negar su propia maternidad públicamente declarada al hacer el reconocimiento de sus hijos naturales ante el jefe del registro civil, y menos puede tenerlo el papel fragmentario incomprensible de fs. 96 (juicio criminal) que se invoca tan empeñosamente en la expresión de agravios, reprochándole al Juez de que no se haya ocupado de él en la sentencia. Nadie sabrá lo que ese papel dice en la multiplicidad de sus barbarismos, pero aún cuando de él resultaran claramente detalladas las maniobras que la Larroude afirmara haber hecho para simular los partos de que se trata, tal documento no tendría tampoco valor alguno por la misma razón de ser legalmente irrevocable el reconocimiento y de no ser admisible, en consecuencia, ninguna manifestación de la madre que tienda a desvirtuarlo o anularlo. Ida Biscaldi, firmante del documento que el Juez designa con el núm. 10 y que obra fotografiado a fs. 34 del juicio criminal de la misma, que según el acta de fs. 3 (expd. sobre nombramiento de tutor) hizo la denuncia del nacimiento de María Mafalda, apesar de tal circunstancia, no tiene inconveniente alguno en declarar en dicho documento que María Mafalda no nació del vientre de Celestina Larroude, como se había hecho constar en el registro civil, sino que le fué entregada de edad de algunos días en presencia de la declarante.

Ahora bien: ¿cuándo dijo la verdad la Biscaldi? ¿cuando hizo públicamente la denuncia del nacimiento ante el jefe del registro civil, o cuando suscribió privada o subrepticamente la declaración redactada por Mañay? La declaración hecha ante el jefe del registro civil tiene la plena fe que la ley acuerda a los instrumentos públicos. No sería, por lo demás, legalmente posible que una declaración constante de un instrumento público pudiese ser anulada o siquiera desvirtuada por una declaración hecha en instrumento privado, obedeciendo quien sabe a que motivos o a que razones. Pero la Biscaldi, que ha hecho esas dos declaraciones contradictorias, es indudable que ha faltado a la verdad en alguna de las dos, y su declaración no puede merecer crédito alguno ya que la primera regla de sana crítica debe ser la de no creer palabra a los que notoria y evidentemente han faltado a la verdad: se desestima pues, la declaración de la Biscaldi, por la razón fundamental que se acaba de exponer y por las que aduce el Juez de fs. 499 a 500. El prolijo estudio que hace el Juez de las diversas declaraciones prestadas por la partera Victorina Casado, tanto en el proceso criminal como en el presente juicio, ahorran análoga tarea desde que se aceptan las juiciosas observaciones de ese magistrado: no cabe explicar como es que una mujer, que se ocupa de procurar niños recién nacidos para simular partos con el objeto de engañar a amantes o maridos, no pueda decir de donde procedían esos niños, e incurra en las contradicciones que hace notar el Juez de fs. 501 a fs. 503 de la sentencia. En la primera declaración del proceso criminal (fs. 20 vta.) y después de referir que Celestina y la Biscaldi le encargaron un chico, afirma se le presentó en su casa una mujer cuyo nombre le parece era Vicenta, morocha, argentina, de 30 años, siendo su marido napolitano achacoso, y que esa mujer le dió la mujercita que ella facilitó a Celestina en las circunstancias que refiere, y apesar de este lujo de detalles rectifica a fs. 60 vta. su declaración en presencia de la boleta del registro civil de fs. 46 que dice haber encontrado entre unos papeles, y resulta así que la madre de la criatura no es ya Vicenta, sino Damiana Herrera y el padre, no el napolitano achacoso a que se refiriera, sino Felipe Moyano, fallecido. No puede, como se ve, darse nada más anormal que la declaración de esta mujer de dudosa reputación, que confiesa con tanta impudencia actos delictuosos que procura cohonestar afirmando (fs. 21 vta. del proceso criminal) que creía que solo se trataba de engañar al marido de Celestina: es de considerar, como el Juez, desprovista en absoluto de encaja esta declaración. José Petronne, el amante de Ida Biscaldi según lo declara, fué uno de los testigos del nacimiento de María Mafalda, y des-

pués de haber atestiguado en un instrumento público el hecho de ese nacimiento no puede desdecirse confesando la comisión de un delito: en su declaración del proceso criminal, fué de todo punto reticente porque no quería comprometerse ni comprometer a la mujer con quien vive en concubinato; pero después que se declaró la prescripción del derecho de acusar, se desata y dice todos los disparates y tonterías que hace notar el Juez para desestimar su declaración. Celia Casado, declara (fs. 110 vta. y f 111) que siendo muy niña fué doña Celestina a casa de su madre a pedirle unos chicos y recuerda con precisión que, después de haberle dado dos chicos, fué a pedirle un tercero, que su señora madre le negó, porque se había enterado de las intenciones con que procedía, y que recuerda también que una noche, como a las 11 más o menos, acompañó a su señora madre (la partera Casado) a casa de Celestina en la calle Tacuarí, llevando a la niña que ahora se llama Mafalda, y que fué recibida por una mujer llamada Aída. Ahora bien, parece en realidad inverosímil que una niña de 12 años, que era la edad que debía tener la testigo al tiempo del nacimiento de María Mafalda (enero de 1903), recuerde tantos detalles y sepa hasta el nombre de la mujer que las recibió en casa de Celestina; llama también la atención que la partera Casado, en una aventura de esa especie, se hiciera acompañar por su hija, una niña de tan tierna edad. Hay que inclinarse a desestimar esta declaración, no solo por lo expuesto, sino también porque la testigo, hija de la partera acusada con motivo de esos trapicheos, ha debido ponerse de acuerdo con su madre acerca de su declaración, debiendo considerarse entonces, como lo dice la sentencia, que ha declarado por sugestión de la misma, fuera de que la declaración de la hija de una de las acusadas siempre sería sospechosa. Y vienen finalmente (porque la expresión de agravios no se ocupa de las demás) dos declaraciones que tienen verdadera importancia, porque demuestran la efectividad del parto de Celestina, del que nació la menor María Carmen Arcardini. Clorindo Calderón de la Barca y su esposa Felisa Mármo de Calderón de la Barca vivían en la casa de Celestina (Tacuarí 1242) al tiempo del nacimiento de María Carmen, y el primero declara que como a los 5 o 6 meses de vivir en dicha casa, la encargada de la misma (Celestina) tuvo familia, habiendo notado que estaba embarazada a los 2 meses después de vivir en la casa; que Arcardini hacía vida marital con ella, no entrando a sus piezas otro hombre; que el declarante ocupaba la pieza contigua al comedor y que recuerda que las cosas se sucedieron como si se hubiera tratado de un verdadero parto: que la criatura nacida fué vista enseguida a los pocos días en el patio.

y era amamantada por su propia madre, como lo ha visto el declarante (fs. 65 vta. del juicio criminal). A fs. 76 declara la esposa diciendo recordar que cuando fué con su esposo y su suegra a instalarse en la casa Tacuarí 1242, la encargada Celestina estaba embarazada, y 5 meses después más o menos, tuvo familia; que en esa fecha la declarante se encontraba en el mismo estado, razón por la cual su suegra no la dejó entrar a la pieza de Celestina con el fin de ayudar a esta, pero que entró su suegra y le prestó sus servicios a la parturienta; que las cosas pasaron como si hubiera ocurrido un verdadero parto, y nació entonces una mujercita que fué llamada Mafalda (la testigo confunde el nombre) a la que la exponente vió después que Celestina amamantaba ella misma a la criatura; que no frecuentaba a la casa más hombre que Arcardini (fs. 76). No puede, pues, darse nada más terminante, y fuera del error apuntado sobre el nombre de la criatura—que no puede ser Mafalda nacida en 1.º de enero de 1903, según acta de nacimiento corriente a fs. 3, del expediente sobre nombramiento de tutor, sino María Carmen, nacida en 19 de noviembre de 1905, según el acta de fs. 1 del mismo expediente—, nada hay que reprochar a estas declaraciones, mayores de toda excepción, precisas y concordantes. El parto del que nació María Carmen no ha sido entonces un parto simulado desde que la propia suegra de la testigo ha ayudado a la parturienta y esta, como todos, la ha visto amamantando a su hijita. Se dice, sin embargo, que esta última circunstancia ha sido también simulada por la Larroude, que, apesar de su ignorancia y de su pobre inteligencia, es para los actores una verdadera artista que engaña no solo a los extraños que viven en la misma casa sino a su propio amante, que duerme en su mismo lecho. Esto es de todo punto inverosímil. Se desvanece, pues, la idea de la suposición de un tercer parto, tan innecesario, dado el propósito que la demanda atribuye a Celestina Larroude; si el objeto de esta al simular los partos era, como lo expresa el consabido documento, conservar y robustecer el afecto de Arcardini ¿con que objeto ha podido simular el tercer parto, si ya había simulado otro dos anteriormente y si tenía dos hijos, uno de los cuales había sido expresamente reconocido por Arcardini? ¿puede concebirse acaso que un falsificador, por ejemplo, aumentando las dificultades de su obra, le pusiera innecesariamente tres firmas al documento falsificado? No, por cierto; pues lo mismo cabe de la suposición sucesiva de partos que se atribuye a la Larroude, cuando al efecto de cumplir su propósito le bastaba con el primero”. Por último, en cuanto a las cuestiones incidentales,—como las relativas a la prescripción de la acción de nulidad deducida y a la excepción de cosa juz-

gada,—dice la sentencia: “La parte demandada opone en esta instancia la excepción de prescripción, que funda en la disposición del art. 4030 Cód Civ., y en las circunstancias de haber el causante y su hermana María Luisa sabido desde el año 1908 que los menores no eran hijos del primero, y como el causante no intentó acción alguna y continuó tratando a dichos menores como a sus hijos, se ha prescripto contra él la acción de nulidad y, prescripta contra él, se ha prescripto igualmente contra sus herederos. Ahora bien, se trata de un claro y evidente error. La acción que da el art. 335 Cód. Civ., a los terceros interesados (en este caso los herederos del causante) para impugnar el reconocimiento hecho por los padres, de sus hijos naturales, no nace ni puede nacer sino después de la muerte de los padres, o sea en el momento en que se les defiere la herencia, y como Roque Arcardini falleció el 27 de marzo de 1914, según el acta de fs. 3, (autos principales) y el presente juicio se inició el 24 de septiembre del mismo año, es evidente que no se ha operado la prescripción de la acción instaurada... El demandado no puede, sin violar el cuasi contrato de la litis contestatio, venir a oponer la excepción de cosa juzgada, en el último párrafo del escrito de responde a la expresión de agravios del actor, o sea en el preciso momento en que termina el juicio. La única excepción que hay al respecto es la que consagra el art. 3962 Cód. Civ., en cuanto a la prescripción que puede oponerse en cualquier instancia y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en autoridad de cosa juzgada. Pero, de todas maneras, no existe en el caso la cosa juzgada que se invoca tan extemporáneamente. El demandado funda tal excepción en el art. 1003 Cód Civ., y en la circunstancia de haber el Juez de Instrucción decretado el sobreseimiento definitivo del juicio criminal, como consecuencia de encontrarse prescripto el derecho de acusar. Pero si el Juez de Instrucción ha declarado prescripto el derecho de acusar, es evidente que no se ha ocupado en forma alguna de averiguar si en el caso existía o no el delito imputado a los acusados, como lo es también que no habiendo juzgado ni decidido cosa alguna al respecto, no existe ni puede existir cosa juzgada. En el juicio por cobro de daños y perjuicios originados por delitos, el tribunal suspende invariablemente la prosecución de los mismos cuando hay juicio criminal pendiente, pero si este termina por un sobreseimiento definitivo, ocasionado por la prescripción del derecho de acusar, invariablemente también y sin el menor inconveniente procede a dictar su fallo, considerando que en estos casos no hay cosa juzgada sobre el hecho principal. Tal es la uniforme y constante jurisprudencia del tribunal”.