

%o7Zè+p!,>CqŠ
235800118001983035

2.

En la ciudad de Dolores, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil doce, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° **92.004**, caratulada: "**G.J.U. C/ A.V. S/ FILIACION**", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden: Doctores María R. Dabadie, Silvana Regina Canale y Francisco Agustín Hankovits.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1a.** ¿Es ajustada a derecho la decisión apelada?
- 2a.** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DOCTORA

DABADIE DIJO:

I. Contra la decisión de la titular del Juzgado

de Primera Instancia n° 1 de Familia (fs. 51/53) que hizo lugar a excepción de falta de legitimación activa en la persona de J.U.G., para accionar por impugnación de paternidad extramatrimonial, poniendo con esa decisión fin a este proceso, se alza la perdidosa mediante recurso de apelación a fs. 61.

El recurso le fue concedido a fs. 62, resultó fundado con el memorial de fs. 63/65; luce el responde de estilo a fs. 67/68.

Por su parte el letrado patrocinante de la demandada, dedujo recurso de apelación a fs. 54 por entender que sus honorarios son bajos.

Obra a fs. 70/71 la opinión de la señora Asesora de Incapaces, formulada en el mismo sentido de la interlocutoria en crisis, por lo que requiere su confirmatoria.

II. AGRAVIOS.

Al expresar los agravios que la sentencia le causa el actor señala que aquella vulnera el derecho de identidad del menor y el derecho del suscripto de revelar la verdad de esa identidad. Reafirma que planteó la inconstitucionalidad del art. 259 del Cód.

Civil en busca de su legitimación para accionar por filiación desterrando el plazo de caducidad que esa norma establece en un año desde la inscripción del nacimiento.

Sus argumentos descansan sobre lo prescripto por el bloque de constitucionalidad y las medidas de acción directa (art. 75 inc. 22 y 23 CN), para sostener que se debe dar prioridad aplicativa al derecho internacional sobre el interno.

Afirma que suprimir el plazo de caducidad no causaría perjuicios, porque siempre le queda abierta la acción de impugnación al hijo.

Señala que la sentencia no trató la inconstitucionalidad interpuesta por su parte, por lo que solicita se la trate en esta instancia y con relación al termino anual de caducidad (fs. 64 vta.).

En definitiva solicita se revoque la resolución apelada, haciendo lugar a su pretensión.

A fs. 67/68 cumple con su carga el letrado patrocinante de la parte demandada. Señala que la pretendida inconstitucionalidad del art. 259 Cód. Civil, que otorga el derecho de impugnar la paternidad al marido por un año a partir del reconocimiento hecho

por persona mayor de edad, resulta improcedente pues esa prerrogativa no se le confiere al concubino.

De ser así afirma que se entraría en un acontecer de caprichos o libre voluntad del reconociente, tendiente a liberarse del reconocimiento efectuado.

Solicita se impongan las costas al recurrente.

Trazado aquel sendero debo señalar que la actividad revisora, genuina de esta instancia, se encuentra limitada por el agravio traído por el recurrente, fijándose así la frontera de aquella tarea. Así se han de examinar las cuestiones de hecho y de derecho que hubieron de ser sometidas a la decisión del juez de la primera instancia, siempre que resultaran materia de agravios. Mas aún, esta Alzada se encuentra dispensada de examinar aún cuestiones o agravios el quejoso no realizó un planteo expreso a su respecto; al igual que aquellas sobre las que el *iudex a quo* guardara silencio. Estos principios resultan de inexorable cumplimiento, sin perjuicio del acierto o desacierto con que se hubiera dictado la sentencia puesta en crisis (arts. 260, 261, 266, 272 del CPCC;

S.C.B.A., Acs. 74.366 S 19-2-2002, 16.832 S 16-III-1971; CSJN, diciembre 2 de 1980, Fallos, v. 302, pág. 1435).

III. ESTE TRIBUNAL.

a. Cuestión de constitucionalidad.

El agravio de la recurrente queda reducido al no tratamiento por parte de la Dra. Polchowski del pedido de inconstitucionalidad del art. 259 Cód. Civil, en lo que respecta al plazo de caducidad que se impone al marido para impugnar la paternidad, término de un año que transcurre desde la inscripción del nacimiento, salvo que se pruebe que no se tuvo conocimiento del parto.

Resulta certera la primera afirmación en cuanto a que en la sentencia de fs. 51/53 no se dio cabal tratamiento a aquella petición, pero si es verdad que como se verá la *iudex* en el ejercicio del principio *iura novit curia* hubo de estimar cuál era la norma a la luz de la que debía juzgarse el caso.

La sentencia interlocutoria es muestra de una deficiente argumentación por parte de la jueza de familia en tanto se limitó a realizar citas de doctrina

y de jurisprudencia con ausencia de su propia valoración de los enunciados fácticos alegados, véase la transcripción de fallos de este Tribunal a fs. "52 vta./53"; este déficit es el que ha abierto la puerta no solo al recurso sino a una mayor confusión en cuanto a las alegaciones de derecho que realiza la quejosa. Estamos ante un decisorio absolutamente legalista que descuida de modo ostensible la materia de familia y sus nuevos paradigmas, situación de cuidado sobretodo cuando se trata de un órgano jurisdiccional especializado.

La pregunta que emerge impoluta es; ¿debía la Dra. Polchowski pronunciarse sobre el pedido de inconstitucionalidad del término de caducidad para la impugnación de la paternidad matrimonial? La respuesta emerge con idéntica claridad y es negativa, por las razones que esbozó la sentenciante las que dejaré debidamente establecidas en este voto.

Recibidos los hechos alegados por las partes se habrá de ver si es posible su juzgamiento a la luz de una única norma o han de requerirse más de una o deberá irse en auxilio de principios constitucionales y convencionales; habrá que ver además si la cuestión

amerita la producción de prueba.

Vistos los hechos de la causa y ante la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada por sí y por la Asesora de Incapaces en nombre del menor MEG (fs. 31/32), descartada la necesidad de prueba para su resolución, el primer paso a dar es definir aquel hito y producido su resultado arbitrar los medios para determinar la existencia de plazo para deducir la acción de filiación; recién en ese momento podía abrirse la puerta para conocer el pedido de inconstitucionalidad del plazo de caducidad que impone el art. 259 Cód. Civil.

No puede pasar inadvertido por resultar de relevante importancia, que el actor al decir "...con la sra. Verónica Arias mantuvimos una relación de pareja..." (fs. 8 vta.), extremo que no ha sido negado por la actora en su negativa pormenorizada de fs. 25 vta. dejó sentado que el hijo fue habido en una relación extramatrimonial haya existido o no convivencia de los progenitores, hito que en el *sub examine* carece de importancia.

En síntesis el menor cuyo reconocimiento

filiatorio se intenta poner en duda, fue habido en una relación extramatrimonial, por lo que no ha de ser juzgada a la luz del art. 259 del Cód. Civil sino a la del art. 263 del mismo cuerpo normativo.

Aquí quedó cerrada por la propia jueza de familia la posibilidad del debate sobre la inconstitucional del plazo de caducidad dado al padre por el reconocimiento del hijo nacido de una unión matrimonial, reconocimiento que se funda en la presunción de que los hijos habidos durante el matrimonio lo son del cónyuge; plataforma fáctica que no se da en el caso de marras.

La cuestión corre de modo evidente por otro carril de las relaciones de pareja, la extramatrimonial razón por demás suficiente para inaplicar el art. 259 en toda su extensión y menos aún para pretender su inconstitucionalidad parcial.

Argumentos éstos que son más que suficientes para desestimar el agravio de la recurrente.

b. Solución al caso.

La solución que la Dra. Polchowski ha dado al caso es adecuado en cuanto a la plataforma normológica

citada en el fallo, destinada a preservar el estado de hijo del menor. Pero es tiempo de que nos hagamos otra pregunta, ¿es justo que el menor sea privado de conocer su verdadera identidad filiatoria?, en otros términos ¿podemos los jueces continuar siendo legalistas y con pie en ello vulnerar un derecho de tanta relevancia como lo es la identidad biológica?, y por último de modo más llano ¿es justo que a un individuo -no tiene relevancia su edad- se le imponga una paternidad por el sólo hecho de que debe tener un padre?.

La respuesta a todos estos interrogantes es un no intenso; sin perjuicio claro está de decir que los jueces en nuestro sistema juzgamos casos particulares, no nos pronunciamos en general a modo del sistema del *stare decisis* con obligatoriedad vertical ni horizontal de las decisiones, menos aún cuando se encuentra sobre el tapete el derecho a conocer la identidad biológica con el valor agregado de tratarse de un menor de edad.

Tengo en mis manos una moneda, dos caras, en una el deber del actor de mantener la seguridad jurídica que da el reconocimiento del hijo extramatrimonial realizado en forma voluntaria y en la

otra el derecho del menor a conocer su verdadera identidad biológica, en un caso en que esta ha sido puesta en duda.

A la hora de poner las cosas en negro sobre blanco no tengo duda que la cara que corresponde al derecho del menor se encuentra iluminada de modo indudable por el superior interés del niño y sobre éste como ya he dicho en la Causa 90.411 a fin de no tornarlo ilusorio es deber de la judicatura protegerlo, máxime cuando se han instalado dudas acerca de la verdadera identidad biológica de MEG, considerando de modo muy especial la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a que en los casos en que se trate de alguna manera de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, debiendo encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional; corresponde dar contenido a la expresión "... o por los que tengan interés en hacerlo." del art. 263 del Cód. Civil (CSJN; Fallos 324:975 y 327:5210; "Quintana,

Norma Beatriz s/ recurso de amparo medida de no innovar" C 18-07-2006; "Quiroz, Milton Julio y otros c/ Caporaletti y otros", Sent. del 01-06-2004; arts. 1, 3.1., 7.1, 8.1 CADN, ley 23.849; 1, 18, 19 Pacto de San José de Costa Rica).

La frase transcripta en el párrafo antecedente ha de ser interpretada en sentido amplio, ello así pues han sido los diferentes pronunciamientos judiciales los que han ido dando contenido a esa proposición abierta, el tema es quienes tienen interés en impugnar la paternidad extramatrimonial; sobretodo porque la acción de nulidad del reconocimiento lleva implícito la de desconocimiento del vínculo. Más allá de la autonomía de las acciones de impugnación y nulidad del reconocimiento, es indudable que la ausencia de nexo biológico proyecta su predominio sobre las causales de nulidad relativa que puede padecer el reconocimiento como acto jurídico. De allí que probada aquella inexistencia, en el *sub lite* alegada por el actor, ha de conllevar la nulidad del reconocimiento.

No hay duda de que la falta de límites de la expresión en análisis hace que comprenda al

reconociente en la relación parental extramatrimonial; porque si se le confiere legitimación al otro progenitor del reconocido, al cónyuge del reconociente, a los que aleguen ser padre o madre del reconocido o a los herederos del reconociente que concurran a la herencia con el reconocido previa demostración de un interés legítimo, no resulta entendible cómo es que se ha de excluir al reconociente, aún cuando no se lo nombre de modo expreso.

Privar al reconociente de la posibilidad de impugnar el reconocimiento o compulsarlo a transitar el camino trazado para la nulidad del acto jurídico, cuando puede tenerse por corrido el velo casi en su totalidad con la realización de un estudio científico -análisis de ADN- en los tiempos que corren se transformaría en una conducta rígida y legalista de la judicatura que se censura desde las convenciones internacionales de rango constitucional.

Legitimado el actor para impugnar el reconocimiento filiatorio extramatrimonial, aparece un valladar temporal que el legislador hubo de poner a los "...demás interesados...", es el plazo de caducidad para deducir la acción de dos años a partir de que se tomó

conocimiento de aquel. No hay duda que el impugnante tomó conocimiento del reconocimiento con ese propio acto personalísimo (fs. 7) y que los jueces deben declarar la caducidad del derecho de oficio si advirtieran que el plazo establecido por el legislador se encuentra cumplido al tiempo de deducirse la acción.

Ahora bien, en este proceso de modo puntual ante la existencia de un potencial perjuicio para un menor de edad consistente en privarlo de conocer su verdadera identidad o de reafirmar la que tiene en la actualidad, pues el niño tiene derecho a una identidad certera; entiendo que por los argumentos que iluminan este voto me he de apartar de imponer el plazo de caducidad del derecho a impugnar la paternidad extramatrimonial en aras de lograr la indicada certeza.

En síntesis, resulta ajustado a la realidad de la vida que el menor conozca su verdadera filiación y no cargue durante toda su vida con una que no lo es; aún cuando aquel conocimiento lo inhiba de la paternidad del reconociente no se debe ver como un elemento disvalioso la ausencia de filiación paterna sino que debe serlo como constructivo y positivo en no resultar hijo de quien es realidad no ha sido el

progenitor, esta reflexión parece una Perogrullada pero no lo es; en resumidas cuentas no es cuestión de imponer un padre sino de conocer al verdadero padre.

Corresponde por lo tanto revocar el decisorio apelado y mandar a realizar el test de ADN en forma previa a continuar con la producción del resto de prueba ofrecida por las partes.

c. Recomendación previa a la realización del test de ADN.

El menor MEG tiene en la actualidad diez años de edad y teniendo en consideración que debe ser sometido al test de ADN cuyo resultado podría conllevar su cambio de filiación paterna, es necesario que ese paso sea con asistencia profesional adecuada.

La oportunidad para informar al menor la situación que le toca vivir ha de quedar sujeta a la decisión del equipo técnico; materializándose con la celebración de una audiencia con presencia de la progenitora, la Asesora de Incapaces y la psicóloga del Equipo.

IV. Recurso de fs. 54.

Dado la forma en que ha quedado resuelta la

cuestión no merece tratamiento el recurso que a fs. 54 dedujo el Dr. Esteban por considerar bajos sus honorarios, puesto que esa regulación por efectos de la revocatoria del decisorio han seguido igual suerte.

V. Costas.

Las costas de ambas instancias se han de imponer en el orden causado en atención a la forma en que se decide la cuestión (art. 68 2do. párr. CPCC).

VOTO POR LA NEGATIVA

LA SEÑORA JUEZ DOCTORA CANALE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA MISMA CUESTION EL DR. HANKOVITS DIJO:

Adhiero al voto de la distinguida colega Dra. Dabadie.

A mayor abundamiento señalo, a tenor de la cita jurisprudencial de este Tribunal realizada por la juez a quo a fs. 52 vta./ 53, que el actual criterio de ésta Cámara materializada en el voto precedente, es frente del desarrollo y evolución jurisprudencial de este órgano que tiene su genesis en la causa C. 86.429 (del 24/IV/2008), u continua en C. 87.473 (del 4/XII/2008) y en C. 87.635 (del 16/XII/2008), motivado en la

experiencia judicial recogida y la fuerza de un mejor razonamiento y conforme la evolución del dinámico contexto social de su aplicación al momento de decidir.

Asimismo, hay una diferencia metodológica entre el sistema del *stare decisis* y el sistema continental europeo (al que adscribimos) ya que en éste último el énfasis no está dado en el caso individual en particular sino en una serie de casos que crean una práctica. Por ello, la mera transcripción de un fallo no es sustento suficiente para fundar un acto decisorio.

ASI LO VOTO

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA DOCTORA

DABADIE DIJO:

En virtud de los argumentos dados, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales en atención al acuerdo alcanzado (arts. 11, 15, 77 incs. 22 y 23, 168, 171 Const. Prov.; 68, 260, 261, 266, 272, 278, 345 inc. 3 del CPCC; arts. 259, 263 Cód. Civil; arts. 1, 3.1, 7.1., 8.1 CADN, Ley 23.849; 1, 18, 19 Pacto de San José de Costa Rica) en tanto mi opinión resulte compartida corresponde revocar lo decidido a fs. 51/53.

Mandar a realizar el test de ADN entre el actor y el menor MEG, debiendo celebrarse una audiencia con la presencia de la progenitora demandada, la señora Asesora de Incapaces y la psicóloga del Equipo Técnico del órgano a fin de imponer al niño de los hechos que lo tienen como protagonista; cuya oportunidad decidirá el Equipo Técnico. Atento lo resuelto no corresponde el tratamiento del recurso de fs. 54. Las costas se imponen en ambas instancias en el orden causado atento la forma en que se resuelve la cuestión. (art. 68 párr. 2do. CPCC)

ASI LO VOTO

LOS SEÑORES JUECES DOCTORES CANALE Y HANKOVITS
ADHIRIERON AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO,
DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

CONSIDERANDO:

Corresponde declarar que no es justa la sentencia interlocutoria apelada (arts. 11, 15, 77 incs. 22 y 23, 168, 171 Const. Prov.; 68, 260, 261, 266, 267, 272, 278, 345 inc. 3 del CPCC; arts. 259, 263

Cód. Civil; arts. 1, 3.1, 7.1., 8.1 CADN, Ley 23.849; 1, 18, 19 Pacto de San José de Costa Rica; art. 15 Ac. 2514/92). Por ello se ordena la realización del test de ADN entre el actor y el menor MEG, debiendo celebrarse una audiencia con la presencia de la progenitora demandada, la señora Asesora de Incapaces y la psicóloga del Equipo Técnico del órgano a fin de imponer al niño de los hechos que lo tienen como protagonista; cuya oportunidad decidirá el Equipo Técnico. Atento lo resuelto no corresponde el tratamiento del recurso de fs. 54. Las costas se imponen en ambas instancias en el orden causado atento la forma en que se resuelve la cuestión. (art. 68 párr. 2do. CPCC).

Por ello: y demás fundamentos del precedente Acuerdo se revoca lo decidido a fs. 51/53, debiéndose realizar el test de ADN entre el actor y el menor MEG, celebrándose la audiencia con la presencia de la progenitora demandada, la señora Asesora de Incapaces y la psicóloga del Equipo Técnico del órgano a fin de imponer al niño de los hechos que lo tienen como protagonista, en la oportunidad que los profesionales

lo indiquen. Atento lo resuelto no corresponde el tratamiento del recurso de fs. 54. Las costas se imponen en ambas instancias en el orden causado atento la forma en que se resuelve la cuestión. (art. 68 párr. 2do. CPCC)

Los honorarios de esta instancia serán regulados una vez que lo hayan sido los de la primera instancia. (art. 31 LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

MARIA R. DABADIE

Siguen///

//// las firmas.

SILVANA REGINA CANALE

FRANCISCO AGUSTIN HANKOVITS

GASTON FERNANDEZ
Abogado Secretario

