



NEUQUEN, 24 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION**" (**EXP N° 64205/2014**) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 3 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 40/45 el actor dedujo recurso de apelación contra la resolución de fs. 36/37 que rechaza el planteo de caducidad deducido por el demandado M. y declara la falta de legitimación activa del Sr. A. para continuar en las presentes actuaciones, con costas.

Se queja porque entiende que los arts. 243 y 263 citados por la A-quo no establecen su falta de legitimación activa para petitionar la impugnación de paternidad con relación al niño A.I.

Expresa que yerra la Sentenciante al sostener que el ejercicio del derecho del padre no debe vulnerar el interés superior del niño. Dice que sólo pretende conocer la realidad biológica del mismo, lo que, además, encuentra sustento en el derecho a la identidad del menor.

Afirma que en reiterados fallos se ha planteado la inconstitucionalidad del art. 259 por entender que la norma contradice principios contenidos en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional vigente.

Alega que dejar afuera al Sr. A. de las personas legitimadas para iniciar la presente acción implica una ficción, que afecta su derecho de defensa en juicio, el principio de igualdad ante la ley y derechos patrimoniales.



Afirma que no se tuvo en cuenta el dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño de fs. 30 y el de la Dra. Amicone.

Por último, plantea la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil.

Sostiene que la limitación que surge de la norma mencionada vulnera no sólo el principio de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia sino también el derecho a la identidad consagrado en el art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A fs. 56/66 la contraria contestó los agravios y solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando en el análisis del recurso, adelanto que no resulta procedente.

Surge de autos, que A. I. nació el 27 de Mayo de 2009, es decir que actualmente tiene 6 años de edad, y que fue inscripto el 05 de Julio de 2009 como hijo del matrimonio formado por M. A. M. y E. I. M. (fs. 1).

Luego, el actor interpuso la demanda el 10 de Abril de 2014, donde manifestó que en el año 2008, mientras se encontraba detenido en la Unidad de Detención N° 11 comenzó una relación sentimental con la Sra. M., la que duró hasta abril de 2010.

Señala que cuando la actora quedó embarazada dejó de visitarlo, pero mantenían una comunicación telefónica, pero que la mencionada le decía que el hijo que había tenido era de su marido, el Sr. M., hasta que, hace dos meses, le comunicó que era su hijo.



Así, preliminarmente corresponde encuadrar la acción en los términos de los arts. 243 y 259 del C.C., debido a que la legitimación hace a la constitución de la relación jurídica. Por lo tanto rige la ley vigente al momento del nacimiento (art. 7 del C.C. y C.). Desde otro punto de vista, no puede volverse sobre la relación procesal que resultó constituida con la demanda y contestaciones.

Además, es necesario señalar que el art. 263 del C.C. que alega el apelante, se refiere al reconocimiento de hijos concebidos fuera del matrimonio resultando inaplicable porque el caso de autos se trata de un niño nacido durante el matrimonio del Sr. M. y la Sra. M..

En consecuencia: atento que el art. 259 del C.C. limita la legitimación para ejercer la acción de impugnación de la filiación al marido y al hijo, corresponde desestimar el recurso de fs. 40/45. Es que comparto lo expresado por la Sentenciante en cuanto a que *"En este caso, debe prevalecer el interés superior de A., resguardando la estabilidad de la familia donde está insertado"*. (fs. 36 vta.).

Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., el planteo recién fue introducido al momento de apelar, en términos genéricos, sin referirse a A.I. ni aludir al caso concreto y sólo alegando, con relación al menor, su derecho a la identidad.

Al respecto, esta Sala sostuvo: *"Por último, cabe señalar que si bien el derecho a la identidad del hijo menor tiene raigambre constitucional, por tratarse de un derecho personalísimo, el legitimado para su defensa es su propio titular y, en este orden, "...la circunstancia de que la presente acción no prospere no significa que a la menor se la condene en un estado de familia que pudiera no ser el*



verdadero -como lo sostiene el actor-, ya que ello no implica de ninguna manera vulnerar su derecho a la identidad pues, como es sabido, aquélla tiene la facultad de impugnar la paternidad establecida en cualquier tiempo, sea que se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales (conf.: arts. 259 y 263 del Código Civil)..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, F., H. E. c. B., R. E. y otro 21/11/2007, Publicado en: LA LEY 29/04/2008, 4 DJ 2008-II, 177 Cita online: AR/JUR/8669/2007).", ("R. J. A. CONTRA B. M. F. C. Y OTRO S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION", EXP N° 56901/12).

En el caso de autos, es necesario señalar que el niño A.I. tiene en la actualidad seis años de edad, convive con el Sr. M. y ostenta trato de hijo por el mismo. Nótese que el mencionado dice que llevaba una vida normal de pareja, que jamás se imaginó que el menor no fuera su hijo y que tomó conocimiento de la situación al recibir la cédula de notificación en su domicilio (fs. 20 vta.).

Además, surge de las presentes actuaciones que las partes son contestes en cuanto a que el niño no reconoce como padre al Sr. A., (fs. 3 vta. y 11 vta.) y también, de los escritos de los demandados, que se encuentra emplazado como hijo dentro de la familia formada por la Sra. M. y el Sr. M. y posee tres hermanos, fruto del mismo matrimonio (fs. 11/13vta. y 20/22vta.).

Lo expuesto, sumado a la edad del menor en la actualidad, me persuade de que ante las circunstancias expuestas por las partes en autos, el interés superior del niño conlleva su derecho a vivir en una familia estable de la cual forma parte.



En ese contexto entiendo que debe considerarse el interés superior del niño teniendo en cuenta la doctrina que sostiene: *"El trato del hijo por el marido de la madre genera el convencimiento de que es beneficioso que el Derecho proteja esa situación"*.

"La declaración de inconstitucionalidad respecto a la falta de legitimación del padre biológico operada de la letra del artículo 259 no debe considerarse en abstracto y, para todos los casos, la constitucionalidad o su contracara dependerán de la evaluación de las circunstancias en el caso concreto, donde cobran interés, entre otras, las siguientes variables: edad del niño, relaciones familiares previas, relación con el padre biológico, etc".

"No se niega el derecho a conocer la verdad biológica sino que en determinadas circunstancias fácticas, la realidad biológica y el vínculo filial no se correspondan".

"En el resonado precedente que ha dado lugar a esta postura denominada "ecléctica", la sentencia de la Sala 1º de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, del 12 de Mayo de 2005, Kemelmajer de Carlucci como preopinante afirmó que: "si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso, entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: a) edad del niño; b) conformación del grupo familiar en el que está inserto; c) relaciones familiares fácticas previas", argumentando que adhiere a dicha posición ya que la misma "es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo [...]". (Kemelmajer de Carlucci Aida, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil



y Comercial de 2014, Tomo II, pág. 864, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014).

Por todo lo expuesto, así como teniendo en cuenta que la curadora ad Litem del menor ejercida a partir de fs. 28 por la Defensora del Niño y del Adolescente N° 1 consintió la declaración de falta de legitimación activa, así como lo dictaminado a fs. 68 por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente N° 2 en cuanto a que aquella "resolución impugnada se ajusta a derecho", entiendo que corresponde desestimar la apelación e imponer las costas de la Alzada por su orden atento a las cuestiones planteadas (art. 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia Pamphile** dijo:

1. Tal como lo hiciera en anteriores oportunidades, creo necesario aquí señalar, que el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre de saber lo que fue antes que él, qué lo funda.

Es claro que, además de nuestra génesis, nuestra biografía también nos conforma identitariamente: son los dos aspectos que resultan insoslayables en la constitución de la subjetividad.

Por eso *"limitar el Derecho a la Identidad a su faz estática, es mirar la cuestión con un solo ojo. Y así, el riesgo de dañar aún más se acrecienta. Nos referimos a un daño mayor, ya que la incertidumbre acerca de la propia identidad es de por sí un menoscabo en la personalidad.*

De la misma forma, limitar el Derecho a la Identidad a su faz dinámica, negando el conocimiento a la



ancestralidad personal, es tan perjudicial como lo anterior. Es la condena a vivir en una ficción, que tal vez todos los involucrados conocen, pero de la que no se habla. Y es allí donde debe ubicarse el juez al determinar la filiación: en esta encrucijada de tener que elegir uno y sólo uno de los aspectos que, repetimos, por sí sólo no alcanzan a dar la exacta dimensión de la identidad personal..." (cfr. Torrés Santomé, Natalia E., "El art. 259 del Código civil y algunas otras preguntas sobre el derecho a la identidad", publicado en DF y P 2011 (noviembre), 92).

Es que, como ha indicado el Dr. Pettigiani en la causa C 85363, *"No se trata de preservar una identidad formal o simbólica del individuo. El origen condiciona su personalidad, y conocer sobre el mismo permite afincar en dicha base el crecimiento y la estructuración del psiquismo del individuo. Se trata de poder conocer su propia génesis, su procedencia, su aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón al presente a la luz de un pasado que aprehendido permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re Recurso de queja por apelación denegada en causa Muller, Jorge s/ denuncia, Fallos, 313:1143)"*.

"No queremos significar con esto, como quedó dicho, que la identidad de origen desplace la importancia que también cabe a la identidad que confiere el devenir de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes sino, por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma,



junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva."

"La persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quienes en realidad son sus progenitores.

Constituye un derecho constitucionalmente tutelado, como prerrogativa implícita contenida en el art. 33 de la Constitución Nacional...".
"Por ello, es de capital importancia erradicar la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad (C.S.J.N., in re Scaccheri de López, María s/ denuncia, del 29X1987, Consid. 13 del voto del doctor Petracchi). La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse (Dolto, Françoise, Los niños y su derecho a la verdad, Bs. As., 1990, pág. 9)".

"Con la verdad, el niño desarrolla adecuadamente su crecimiento y la estructuración del psiquismo (Conf. Bosch, Alejandro F. H. Los métodos compulsivos, la prueba genética y la filiación, La Ley, 2004 A 99)".

"Por el contrario, el ocultamiento es uno de los rostros más deleznable de la mentira, y sin duda susceptible de generar una personalidad caracterizada como insegura. No puede perderse de vista la incidencia que tendrá, pues, en la formación del carácter del niño, y en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece" (sent. del 27/8/2008)..." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, C. H. D. c. P. M. C. 08/06/2010 Publicado en: LLBA 2011 (febrero), 79 Cita online: AR/JUR/54113/2010).

2. Ahora bien, la magistrada ha ponderado ambos aspectos y, en este dilema entre las fases -dinámica y



estática- del derecho a la identidad, ha privilegiado la primera.

Sin embargo, entiendo que dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso y, por lo tanto y de por sí, no determina tampoco dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí, reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes.

Como indica Kemelmajer de Carlucci, al referirse al nuevo Código Civil y Comercial (sobre cuya influencia en este caso, volveré más adelante):

"Conforme la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el derecho a conocer los orígenes enmarca en la noción de respeto a la "vida íntima", protegida expresamente en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH) y en la mayoría de los ordenamientos constitucionales.

En la jurisprudencia nacional se lo ubica en el derecho a la identidad personal, aclarándose que es uno de sus aspectos pues, como se vio, la verdad biológica debe combinarse con la interacción social y el desarrollo psicológico.

Este derecho consiste en la posibilidad de tener acceso a los orígenes, a las circunstancias del nacimiento. Reviste especial trascendencia, y los Estados tienen la obligación de garantizarlo... El derecho a conocer los orígenes está mencionado expresamente, entre otras normas argentinas, en el art. 328 del C.C. El proyecto de Reforma al Código civil y comercial amplía su alcance y los mecanismos para ejercerlo.



Doctrina y jurisprudencia, cada vez más, distinguen adecuadamente entre este derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos de filiación..."

"Normalmente existe concordancia entre el dato genético y el vínculo jurídico de filiación, pero no siempre es así. Como se adelantó, una cosa es tener el derecho a conocer la propia historia biológica y otra, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ella, concretada a través de una acción de filiación.

El criterio por el cual la relación genética determina la relación filiatoria no tiene carácter absoluto. Darle preeminencia no siempre es justo ni conveniente..."

Y así, agrega, con especial referencia al Código Civil y Comercial:

"...Concretamente, respecto de la legitimación, sigue la postura amplia abriéndola a toda persona con "interés legítimo". El art. 590 establece: "La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo (...) En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación".

No debe creerse que la regulación proyectada implica el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la vigente; se trata, más bien, de una concesión legislativa a una posición, hoy mayoritaria en la doctrina, que abre las puertas a los lazos biológicos, entendiéndose que el derecho a la identidad, en la filiación, abarca los dos polos (progenitor e hijo).



Esta concesión no implica olvidar los derechos fundamentales del niño a los que se ha hecho mención en esta nota: es menester tener en claro que abrir la legitimación al interesado que invoca un interés legítimo (entre los cuales se incluye al presunto progenitor biológico) no significa que el juez, en definitiva, al dictar sentencia, haga lugar a la demanda de desplazamiento sobre la base exclusiva del dato genético. En efecto, el art. 589 amplía las causales para desvirtuar la presunción legal y enumera, entre las que pueden alegarse, "no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño".

El "interés del niño" es, pues, una de las razones para hacer o no lugar a la acción de impugnación. Así, por ej., la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante un tiempo prolongado puede ser una razón de peso para que, en el interés del niño, no se haga lugar a la impugnación de la filiación..." (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Davico, María de los Angeles, "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia", Publicado en: Sup. Const. 2014 (agosto), 42 LA LEY 2014-E, 88).

Porque como indicara Soria, en argumentos que conducen a una profunda reflexión sobre la solución a acordar: "Se trata simplemente de que la verdad no sea ocultada, ni la biografía falseada a expensas de un simple registro formal. El respeto a aquella condición biológica no conduce a destruir los lazos afectivos que hubieran podido generarse entre el hijo con el esposo de su madre; tiende a situarlos en un plano de verdad..." (cfr. su voto, Suprema Corte de Justicia de la



Provincia de Buenos Aires, L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad 28/05/2014, Publicado en: DFyP 2014 (agosto), 43).

Y, nótese que, en línea coincidente, el codemandado M. sostiene en hoja 22 "si bien esta parte entiende que la acción se encuentra caduca ...no menos cierto es que aquí está en juego el reconocimiento efectivo del derecho a la identidad de mi hijo A. y de la tutela judicial efectiva). Sin duda colisionan derechos fundamentales. Ante el hipotético caso de que el menor no sea mi hijo, no puede negársele el derecho a su identidad... Dicho esto, solicito y considero necesario que se produzca prueba de ADN que permita acreditar la existencia del nexo biológico invocado y tener certeza de la identidad biológica del menor..."

En su turno, la madre indicaba en hoja 12: "Es por ello que a fin de preservar la identidad de mi hijo A., me allano al pedido de realización de estudio genético (ADN) solicitado por el Sr. A."

3. Estas consideraciones anteriores y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, me persuaden de que debe acordarse legitimación al recurrente.

En efecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, sobre la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial, modificatorias de una norma tachada de inconstitucional, indicando:

"4º) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal, sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas



normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/CS1 "V., C. G. c. I.A.P.O.S. y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros).

5°) Que en ese razonamiento, corresponde señalar que encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, norma esta última que derogó, entre muchas otras, la ley citada 18.248, cuya legalidad y validez constitucional defiende el recurrente mediante su remedio federal y en la que sostiene su oposición a la inscripción del niño en el sentido pretendido por los actores (conf. decreto 1795/2014; arts. 1° de la ley 27.077, y 1° y 3°, inciso a, de la ley 26.994; fs. 241/249 del expediente principal).

6°) Que en tales condiciones, deviene inoficioso en el sub lite que esta Corte se pronuncie sobre los agravios vinculados con la constitucionalidad de la mencionada ley 18.248, cuya vigencia ha fenecido por imperativo legal, pues no se advierte interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (conf. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717).

7°) Que ello es así, pues **la mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al momento no se**



encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido -a partir de los nuevos paradigmas del derecho- por el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 64, en sentido similar al propuesto por los actores y al criterio adoptado en la sentencia apelada, norma que guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos (arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación). De ahí que también se conforme con el ordenamiento civil actual de nuestro país al que, en definitiva, debe sujetar su conducta el recurrente.

8º) Que sin perjuicio de ello, a la luz de la doctrina mencionada anteriormente, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7º del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse (conf. arg. Fallos: 327:1139)...” (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, D. l. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo 06/08/2015. Publicado en: LA LEY 27/08/2015, 11. Cita online: AR/JUR/25383/2015).

Entiendo que tal razonamiento es plenamente trasladable a la especie, desde lo cual corresponde acordar legitimación al accionante para promover el proceso.

Debo detenerme aquí, en punto al plazo de caducidad (extremo sobre el que no se pronuncia el magistrado, pero que es traído al análisis en el responde de los agravios).



Entiendo en este punto que la afirmación efectuada por el actor, en el sentido de que "Hace aproximadamente dos meses, en su última llamada la Sra. M. me confesó que A. I. era hijo mío", no ha sido desvirtuada en esta causa, más allá de las alegaciones del co-demandado.

Entiendo entonces, siguiendo los lineamientos de la CSJN, que en rigor el análisis de inconstitucionalidad introducido en el recurso deviene inoficioso, debiendo acordarse legitimación al actor en concordancia con la modificación legislativa, solución que, además, se adecua a los principios constitucionales y a las previsiones convencionales en juego.

Insisto, además, en la idea inicial: dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso y, de por sí, no determina dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes.

En cuanto a las costas, en atención a las particularidades del caso y al modo en que se resuelve, entiendo que las de ambas instancias deben imponerse en el orden causado. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Compartiendo el análisis y conclusiones desarrolladas por el Dr. Jorge PASCUARELLI respecto a las cuestiones que se han evidenciado en el caso, habré de adherir a su voto.

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:



1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 40/45 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 36/37 en lo que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas por su orden (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan las actuaciones al juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo J. MEDORI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA