

Cám. 1° Apel. Civ., Com. y Cont. Admin., 2° Circ. Jud., Río Cuarto, Sent. n.º 57, 23/11/2021, "S., D. B. c/ M., N. G. - Impugnación de paternidad"

En la ciudad de Río Cuarto, a los veintitrés días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, se reúnen en audiencia pública las señoras Vocales de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la Segunda Circunscripción Judicial, por ante mí, Secretario autorizante, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "S., D. B. C/ M., N. G." - Impugnación de paternidad (Expte. N° ...), los que han sido devueltos y debidamente acordados por los Dres. Sandra E. Tibaldi de Berteza, Jorge J. Aita Tagle y Mariana Andrea Pavón, conforme constancias de autos. Los presentes actuados han sido elevados a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la tutora ad litem de la niña V. S., Dra. Karina Elena Acosta, en contra de la Sentencia N°133 dictada el día 30/09/2016 por la Dra. Fernanda Bentancourt, quien se desempeñaba en aquella oportunidad como titular del Juzgado de Primera Instancia y 2da. Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, en cuya parte resolutive dispuso: "I) Hacer lugar a la acción de nulidad de reconocimiento de paternidad extramatrimonial y en consecuencia declarar su nulidad por vicio de la voluntad -e inexistencia del vínculo biológico- entre el señor D. B. S., D.N.I. N° 29.876.581 y la niña V. S. II) Imponer las costas a cargo de la demandada (art.130 del C.P.C.C.). III) Ordenar la inscripción de la presente resolución a los fines de la rectificación del Acta de Nacimiento N° 144, Tomo 1, Año 2010 inscripta en la localidad de Vicuña Mackenna, Departamento Río Cuarto, Provincia de Córdoba, que registra el nacimiento de la menor V. S. ocurrido el día veintiséis de agosto de 2010, a cuyo fin, oportunamente, deberá oficiarse. IV) Librar oficio al Señor Fiscal de Instrucción de Turno por las razones indicadas ut supra. V) Regular los honorarios profesionales por la tarea profesional desplegada en la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial a las Dras. Mónica M. Di Caterina, Blanca Mosso y Evelyn Bongiovanni, en conjunto y proporción de ley, en la suma de Pesos Treinta

y cinco mil seiscientos cincuenta y dos, con 40/1000 ctvos. (\$35.652,40). Protocolícese, hágase y dése copia”.

En este estado el Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a decidir:

1°) ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la tutora ad litem de la niña V. S.?

2°) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? De conformidad al sorteo de ley practicado, se estableció que el orden de emisión de los votos es el siguiente: señores Vocales Jorge J. Aita Tagle, Sandra Tibaldi de Berteza y Mariana Andrea Pavón.

A la primera cuestión, el Sr. Vocal Jorge José Aita Tagle, dijo:

I.) Cuestiones formales.

El pronunciamiento recurrido contiene una relación de causa que reúne los requisitos prescriptos por la ley, por lo que a ella remito en homenaje a la brevedad, evitando así innecesarias reiteraciones.

Sin embargo es dable destacar que el Sr. D. B. S. promovió demanda de nulidad del reconocimiento de paternidad extramatrimonial (fs. 4/5), la cual fue tramitada con intervención del Sr. Asesor Letrado del Tercer turno por encontrarse rebelde la demandada y madre de la niña, Sra. N. G. M. (fs. 69). Se integró la litis con la niña V. S., y en atención a la existencia de intereses contrapuestos se procedió a designarle tutor ad litem (fs. 54), ello sin perjuicio de la intervención del Sr. Asesor Letrado del Primer turno como representante del Ministerio Pupilar.

En contra de la sentencia cuya parte resolutive se ha transcripto precedentemente interpone recurso de apelación la tutora ad litem de la niña (fs. 259).

Elevados los autos a esta Cámara y corrido a la apelante el traslado prescrito por el art. 371 del CPCC, lo evacuó a fs. 277/285, siendo contestados los agravios por el mandatario del actor apelado mediante presentación incorporada a fs. 287/290. Luego, hicieron lo propio el Asesor Letrado de Tercer turno en representación de la ausente citada por edictos (fs. 292), el Asesor Letrado de Segundo (P.A.T) como representante del Ministerio Pupilar (fs. 298/300vta.) y el Sr. Fiscal de Cámara (fs. 294/296).

Atento a que oportunamente había quedado firme el correspondiente decreto de autos, se comunicó a las partes la integración del Tribunal con la incorporación, primero del Dr. Jorge J. Aita Tagle y posteriormente con la de la Dra. Mariana Andrea Pavón, intervención que fue consentida por lo que se dispuso un nuevo pase a estudio de la causa, encontrándose actualmente en condiciones de dictar sentencia.

II.) Los agravios.

La parte apelante expresa en su libelo introductorio que la agravia la sentencia apelada en tanto se hace lugar a la acción de nulidad de reconocimiento de paternidad, cuando lo verdaderamente intentado es una acción de impugnación de paternidad. Continúa alegando que la acción de impugnación del reconocimiento y la que persigue la anulación del reconocimiento responden a diversas hipótesis y legitimaciones activas y pasivas, por lo que hay diferencias en lo que debe demostrarse y puede darse la caducidad o la prescripción de la acción según el caso.

En segundo lugar, alega que de la lectura de la demanda surge la falta de vicio de voluntad alguno (como presupuesto de la nulidad declarada). Estima que de la testimonial rendida en autos surge que el actor tenía dudas de su paternidad. A ello se le suma, continúa, el acto propio llevado a cabo por el Sr. S. de haberse sometido a un ADN y luego reconocer a V. sin esperar el resultado de los análisis. Hace presente que no se vislumbra ningún tipo de engaño excusable. Considera que el actor, luego de realizar un acto de reconocimiento a sabiendas de la posible inexistencia de paternidad, no puede luego desentenderse de las consecuencias

o alegar la nulidad fundándose en vicios inexistentes.

Como tercer agravio, hace presente que no existe dolo, ardid o engaño sino que, en realidad, lo que se encubre es la propia torpeza de haber reconocido un hijo cuando el actor tenía dudas. Entiende que hubo falta de cuidado y previsión y que, en definitiva, el error pudo evitarse empleando la diligencia necesaria que era tan solo esperar unos días más a que llegara el resultado del ADN ya realizado. Hace presente que para admitir la acción entablada el actor debió probar el error que invoca en el reconocimiento, porque existen límites para quien sufre un error ya que no puede siempre el afectado desentenderse de sus consecuencias.

Seguidamente se agravia por considerar que el actor no puede impugnar el reconocimiento ya que si éste es válido, asume el carácter de irrevocable conforme lo dispuesto por el art. 573 del CCC. Alega que nuestra jurisprudencia se inclina por afirmar que el reconocimiento del hijo es un acto jurídico familiar de carácter individual, unilateral y de emplazamiento de estado de familia irrevocable para el propio reconociente, el que únicamente podría accionar por la nulidad de tal circunstancia tendiente a atacar la validez sustancial de ese acto con la peculiar característica de tener que acreditar no sólo la inexactitud del nexa biológico de la pretendida filiación, sino que además lo actuado no podrá habilitarlo para alegar o invocar su propia torpeza. Entiende que en autos, se trata de obtener la declaración de nulidad del reconocimiento de un hijo y como tal, una cuestión que escapa a la mera voluntad de los particulares, ya que se halla comprometido el orden público; y en definitiva siendo que lo que se intenta realmente es una acción de impugnación de paternidad el actor carece de legitimación activa a tales fines.

En quinto lugar se agravia invocando el interés superior del niño. En dicho rumbo, hace presente que las particularidades del caso y en atención al principio aludido y al referido al “favoris minoris” corresponde rechazar la acción por impugnación del reconocimiento pues frente a la presunción que emerge del acto voluntario de reconocimiento de paternidad efectuado en instrumento público, no puede adquirir preponderancia la ausencia de la demandada con la consecuente imposibilidad de efectuarse el análisis genético. Entiende que, de otro modo, la niña quedaría sin padre reconociente, sin apellido paterno y sin prestaciones

alimentarias. Asimismo, refiere que la circunstancia que esta acción no prospere, no significa que a la niña se la condene en un estado de familia que pudiera no ser el verdadero ya que ello no implica de ninguna manera vulnerar su derecho a la identidad, pues, como es sabido, aquella tiene la facultad de impugnar la paternidad establecida en cualquier tiempo.

En último lugar se agravia por considerar que nunca se corrió traslado del análisis genético, al que asimismo, desconoce. También alega que la parte acora no acompañó la documental en su poder al momento de interposición de la demanda, sino que lo hizo con posterioridad. Por otro lado, refiere a que el actor compareció a realizarse el análisis genético solo con la niña y sin presencia de la demandada, razón por la cual no existe acreditación de que la menor analizada haya sido V. S., lo cual echa por tierra dicho análisis. Hace presente que el bioquímico carece de legitimación para dar fe del acto y certificar la identidad de las personas, en donde además no consta ni surge el DNI de los pacientes por lo que no puede atribuírsele consecuencias legales.

En definitiva, solicita se admita el recurso de apelación y se rechace la demanda.

III.) La refutación de agravios.

A fs. 287/290 la Dra. Mónica Di Caterina, apoderada de la parte actora, refuta los agravios. Expresa que, respecto del primero, que la apelante no explicita cuál es el perjuicio que ocasiona la “supuesta confusión” sobre la acción promovida. Además, continúa, no le asiste razón ya que el art. 249 del CC (hoy 573 CCyC) establece que el reconocimiento es irrevocable pero puede ocurrir que se haya falseado la verdad, que se haya errado, por lo que en tal caso es posible impugnarlo. Entiende que las acciones de reconocimiento y la de nulidad persiguen lo mismo: la invalidez del reconocimiento, por lo que resulta inadmisibles distinguirlas. Considera que estamos en presencia de una acción de impugnación del reconocimiento por nulidad y ausencia de nexo biológico.

Respecto del segundo agravio, hace presente que la madre de la niña consintió la práctica del estudio de histocompatibilidad luego de que el actor reconociera a V. y que le diera su

apellido. Entiende que el dolo de la parte demandada sí se observa desde el embarazo hasta el nacimiento de la niña. Destaca que el vicio que afecta el reconocimiento se califica como error provocado por la acción u omisión de otro que lleva a la equivocación y es el supuesto contemplado por el art. 271 del CCyC. Y esta es, continúa, la conducta de la demandada al atribuir a D. S. la paternidad de V. Expresa que el actor siempre actuó de buena fe sin que se verifiquen los presupuestos contemplados por el art. 272 del CCyC. Insiste en que la Sra. M. calló o disimuló la posibilidad de que V. no fuera hija de S., por lo que en su actitud se advierte el engaño, antes y luego del nacimiento. Por ello, refiere a que el dolo, así detectado, afecta la intención lo que determina la invalidez del reconocimiento.

En cuanto al tercer agravio, alega que no se ha contemplado el interés superior del niño. Explica que la Convención de los Derechos del Niño establece en el art. 8 el derecho a la identidad, dentro del cual el vínculo biológico tiene un lugar preponderante. También manifiesta que el art. 3 debe ser tenido en cuenta por los Tribunales pues pone énfasis en los valores de orden superior como la veracidad de la paternidad y la protección de la minoridad (favor veritas y favor minoris) para integrar al menor en el grupo familiar al que pertenece. Entiende que mantener una ficción, una falsedad, no es posible en derecho, en tanto que no se puede mentir con relación a la filiación, adjudicando una identidad que no se condice con la realidad lo cual le causaría un daño al niño que resulta inadmisibles. Considera que sostener esta situación le cercena entre otras cosas, su derecho a la identidad y al nombre.

Por otro costado, al analizar el cuarto agravio, expone que es descabellado y extemporáneo el planteo de la apelante, en tanto que, si estaba disconforme con el estudio de ADN practicado a la menor en autos, debió impugnarlo por las vías que le acuerda la ley. Refiere a que cuando declaró el bioquímico Giacomi nada se dijo ni se impugnó su testimonio. Tampoco nada se expresó cuando se agregó el informe del Instituto LIDMO y de su director (Dr. Carlos Vullo). Alega que para la toma de muestras y práctica de un estudio de polimorfismo es condición sine qua non portar la identificación de las personas que serán sometidas a él, caso contrario, no se lleva a cabo la práctica.

En definitiva, concluye adhiriéndose a los fundamentos del fallo y solicitando el rechazo de

la pretensión recursiva.

IV.) Traslado al Sr. Asesor Letrado en representación de la rebelde.

A fs. 292 el Dr. Santiago Camogli, quien se desempeñaba como Asesor Letrado de 3er. turno, evacuó el traslado en representación de la demandada declarada rebelde. En dicho rumbo, expresa que carece de instrucciones de su representada (Sra. N. G. M.) por lo que nada tiene que manifestar al respecto.

V.) Traslado al Sr. Fiscal de Cámara.

A fs. 294/296 el Dr. Julio M. Rivero, Fiscal de Cámara, evacuó el traslado que le fue corrido con motivo del recurso de apelación bajo lupa. En dicho rumbo, expresa que la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial controvierte el nexo biológico entre reconociente y reconocido, en cambio la de nulidad ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva. Por otro lado, hace una disquisición con respecto a la nulidad basada en un error y expresa que ésta podrá argüirse cuando el error no derive de la propia torpeza, esto es, siempre y cuando haya sido excusable y lo haya llevado al nulidicente a practicar el reconocimiento; o que la prueba del engaño surja del ADN practicado que acredite la inexistencia del nexo biológico entre el actor y la menor. Cita doctrina y jurisprudencia relacionada. Por ello, alega que la nulidad del reconocimiento filial puede plantearse cuando el acto jurídico se encuentra viciado al momento de su otorgamiento, sin que se discuta si el reconociente es en verdad el progenitor del reconocido, mientras que la impugnación (art. 593 CCyC) tiene lugar cuando se sostiene que se ha reconocido como propio a un hijo que no lo es. Continúa expresando que el art. 593 del CCyC descarta la legitimación activa del reconociente para impugnar el reconocimiento que no se ajusta a la realidad biológica, de modo que quien pretenda desplazar el vínculo filial deberá probar los extremos que habilitan la nulidad de tal reconocimiento. Por ello, sigue, la acción de nulidad del reconocimiento, si bien no está expresamente contemplada en las normas de filiación del CCyC, surge de las reglas generales atinentes a la validez de los actos jurídicos (art. 386 y ss. CCyC) y serán aquellas las

disposiciones a las que deberá recurrirse para su regulación.

Por otro costado, refiere que por aplicación del principio del “interés superior del niño”, este debe conocer su verdadera identidad personal, lo cual en su faz estática incluye al derecho a conocer la identidad biológica. Cita doctrina y jurisprudencia relacionadas.

Asimismo, hace presente que el reconociente padre no biológico detenta un interés legítimo para accionar, pues un concepto amplio del derecho a la identidad personal comprende las relaciones familiares y los correlativos estados de familia que éstas generan (padre-hijo-hermanos).

En definitiva, considera que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la apelante y confirmar el resolutorio del a quo.

VI.) Traslado al Sr. Asesor Letrado en representación del Ministerio Pupilar.

A fs. 298/300vta. el Dr. Pablo Demaría, quien se desempeñaba como Asesor Letrado del Segundo Turno (PAT), contesta el traslado.

Explica en primer término el carácter de su intervención exponiendo que el caso habilita al Ministerio a actuar no ya como representante complementario de V., sino como principal; atento la entidad de los derechos comprometidos y la inacción por parte de su representante (art. 103, inc. b., ap. I, CCyC).

Añade que la progenitora de la niña, pudiendo conocer su identidad biológica ha mantenido una conducta omisiva que le ha impedido emplazarse en el estado de familia que de acuerdo a su realidad biológica le corresponde.

Expone diversas consideraciones acerca del derecho a la identidad, su carácter fundamental y básico, la importancia de la verdad biológica y los distintos alcances y facetas de la verdad en materia de filiación (afectiva, biológica, sociológica, etc.). Cita y transcribe doctrina y

jurisprudencia en apoyo de su tesis.

A continuación, expresa que la estrategia defensiva desplegada por la recurrente obedece más a su natural preocupación por la eventual vulneración de derechos fundamentales de la niña que podrían derivarse del desplazamiento del reconociente, que a la justeza del fallo cuestionado. A lo que se suma la inactividad y negligencia desplegada por la progenitora tendiente a hacer conocer a V. su verdadera identidad.

Agrega que disiente con la interpretación efectuada por la recurrente acerca del interés superior del niño pues, en un caso como el que nos ocupa, el mejor y mayor interés no se satisface impidiendo que se refleje la realidad biológica en la jurídica, sino todo lo contrario.

Subraya que para la resolución de la causa se deben tomar en consideración los factores estáticos y dinámicos de la identidad. Con relación a lo primero, continúa, de acuerdo a la prueba diligenciada en autos no caben dudas de que V. no es hija biológica del actor. Y, por otra parte, tampoco se advierte que la identidad dinámica pueda ser vulnerada por cuanto la impugnación fue realizada a los pocos meses del nacimiento, no existiendo una posesión de estado que justifique mantener una ficción legal.

En virtud de ello, y de otras consideraciones que expone y a las que cabe remitirse en honor a la brevedad, concluye que la resolución cuestionada luce ajustada a derecho, por lo que debería ser confirmada, ordenándose asimismo que una vez firme el fallo se haga conocer a la progenitora lo dispuesto en el art. 255 del CCyC, esto es, la facultad y el derecho con que cuenta V. de que su progenitora y eventualmente el Ministerio Público, procure la determinación de la paternidad y el reconocimiento por el presunto padre.

VII.) Análisis de los agravios.

VII.1.) Cuestión preliminar.

Conforme las constancias de autos, cabe hacer presente que no se encuentra cuestionada la

aplicación en el sub lite de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), en tanto la jueza de la anterior instancia así lo dispuso fundadamente (Considerando II de la sentencia recurrida) sin que haya merecido queja alguna.

VII.2.) La impugnación en cuanto a la naturaleza de la acción intentada y la irrevocabilidad del reconocimiento.

La apelante funda su primer agravio en el hecho que, a su entender, el actor habría iniciado en realidad una acción de impugnación de reconocimiento en los términos del art. 263 del CC, y no la de nulidad de reconocimiento que es en definitiva la que el tribunal a quo acogió favorablemente.

Adelanto criterio adverso a las pretensiones de la quejosa en tanto que, del libelo introductorio, surge con meridiana claridad que el Sr. D. B. S. inició una acción de nulidad de reconocimiento de la paternidad por vicio de la voluntad e inexistencia de nexo biológico. En este sentido, el actor expresamente alegó que “...siendo que mi voluntad se encontró viciada por un error de hecho excusable, en relación a la niña objeto de reconocimiento, solicito se anule dicho acto jurídico por haber sido afectada su validez sustancial en lo que atañe a su eficacia constitutiva y, por ende, se declare la inexistencia de nexo biológico entre menor V. y el compareciente, desplazándosela, en consecuencia, del estado filial en que se encuentra actualmente emplazada...” (sic).

En definitiva, de los extremos del escrito de la demanda no caben dudas cuál fue la acción interpuesta en estos actuados, la cual -como se expresó- fue acogida favorablemente por la jueza de primera instancia en esos términos. En este sentido, la jurisprudencia -en opinión que compartimos- ha considerado procedente este tipo de acción en caso de que haya mediado vicios en la voluntad, por ello ha afirmado que “...si el reconociente invoca como causal de ineficacia de la inscripción del hijo extramatrimonial la existencia de vicios de la voluntad por creer los dichos de su ex pareja, y aun cuando en definitiva cuestiona también el vínculo biológico, desde que justamente alega un conocimiento falso de la realidad biológica a la hora de practicar el acto jurídico, es claro que no se violenta el carácter

irrevocable del reconocimiento, si lo que se está alegando es el error o el dolo de que fue víctima...” (Cam. Flía. 2da. Nom. Cba., “CH. M v. M. E. CH.”, La Ley Online, Cita Online: TR LALEY 70053708).

Lo expuesto es sin perjuicio de la irrevocabilidad del reconocimiento determinada en el art. 573 del CCyC, en tanto que “...el ser irrevocable se vincula de manera directa con el debate que se genera en la doctrina en torno a la facultad o no del propio reconociente de impugnar el reconocimiento precisamente, debido a tal irrevocabilidad. Es por ello que la doctrina mayoritaria responde de manera negativa a tal posibilidad y, por ende, se apela a la teoría de la nulidad del reconocimiento en su carácter de acto jurídico familiar, en los supuestos que existan vicios en el consentimiento/manifestación de voluntad en favor de un determinado vínculo filial...” (Herrera, Marisa, Código Civil y Comercial explicado Doctrina - Jurisprudencia - Derecho de Familia, Ricardo Luis Lorenzetti -Dir. Gral.-, Rubinzal-Culzoni : Santa Fe, 2019, t. I, p. 474).

En función de lo expuesto, los agravios expuestos por la recurrente no resisten mayor análisis por lo que, en este punto, corresponde rechazarlos de plano.

VII.3.) Los agravios en torno a la falta de los presupuestos de la nulidad y la aplicación de la teoría de los actos propios.

En este punto, la recurrente entiende que no ha habido vicios en la voluntad del reconociente. Para ello parte de la circunstancia de que el Sr. S. primero se somete a un estudio de ADN y luego, sin esperar el resultado, procede a reconocer a V. como su hija. Frente a ello la impugnante se pregunta de qué dolo, ardid o engaño se puede valer el actor cuando tenía cabal conocimiento de la vida y la reputación de la demandada (sic).

En mi opinión, la apelante ha cimentado sus agravios sobre premisas incorrectas, además de inadmisibles por su contenido discriminatorio. Doy razones.

No es de recibo la intención de la apelante de sostener la vía recursiva fundándose en la

reputación de la Sra. M. y en la circunstancia de que se veía con varios hombres a la vez como elemento trascendental para acreditar -sin éxito- que el actor sabía a ciencia cierta que V. no era su hija. La apelante no puede obviar que se encuentra comprobado en autos que el actor mantuvo una relación íntima con la demandada, por lo que existía la posibilidad de que V. sea hija del Sr. S.. Si a ello se le suma que la propia demandada le manifestó que era su hija, el vicio en la voluntad del reconociente resulta patente, considerando que en este punto lucen atinadas las consideraciones vertidas por la juez a quo al afirmar que el actor actuó de manera responsable y que la simple duda de la paternidad no coloca al sujeto en una actitud negligente.

En este sentido se ha dicho, en opinión que compartimos, que "...la simple duda de la paternidad al momento de efectuarse el reconocimiento no impide que la persona pueda luego invocar el vicio de error. Esta conclusión se refuerza a la luz del CCyCN que siguiendo la postura mayoritaria entre los civilistas y tomando los ejemplos del derecho francés, el español y el alemán, suprimió el requisito de la excusabilidad del error, de modo que se admite la posibilidad de invocar el error aunque la persona que lo experimentó hubiere obrado con imprudencia y se encuentre obligada a reparar o indemnizar a la otra parte. La reforma legal es otra de las razones que avala la adopción de una postura flexible para evaluar el error en el reconocimiento, ligada a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta que el mero hecho de haber mantenido relaciones sexuales durante la época de la concepción del niño puede inducir a cualquier persona a creerse el progenitor..." (Famá, María Victoria, Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2017, t. II, ps. 321/322).

En definitiva, desde que la voluntad del Sr. S. se encontraba viciada por un error esencial - en los términos del art. 265, 267 cc. y cc. del CCyC- mal puede invocarse la doctrina de los actos propios, en tanto que el acto que se le quiere enrostrar como contrario a las pretensiones ventiladas mediante la acción ejercida en el proceso (reconocimiento) es precisamente aquél cuya validez se ha cuestionado, lo cual exime de mayores consideraciones al respecto.

Por lo hasta aquí vertido, corresponde desestimar el agravio bajo lupa por resultar

improcedente.

VII.4.) La falta de contemplación del interés superior del niño y la impugnación de la pericial genética.

La letrada recurrente, en aval a su postura, entiende que el rechazo de la demanda daría satisfacción al interés superior del niño quien, de otro modo, quedaría sin padre reconociente, sin apellido paterno y sin prestaciones alimentarias; además sin tener noticia de ello con los graves efectos que tal circunstancia le acarrearía (sic). Asimismo, impugna el examen de ADN realizado en forma extrajudicial por considerar que es una documental que carece de valor, con lo cual avalaría aún más la procedencia de la vía recursiva intentada. Es decir, la apelante no solo invoca el interés superior del niño a los fines de solicitar el rechazo de la demanda sino que también alega que no está acreditado en autos la inexistencia del vínculo filiatorio entre el actor y V., con lo cual aquel adquiere incluso mayor peso en la decisión respectiva.

Antes de continuar me permito formular una breve aclaración: en el fallo apelado, siguiendo la opinión de un importante sector de la doctrina y jurisprudencia, se traza una distinción tajante entre las acciones de impugnación y de nulidad del reconocimiento.

En este sentido se expresa que la impugnación del reconocimiento “es la acción que controvierte el presupuesto biológico que implica o presupone dicho reconocimiento. Por ende, la prueba que se arrime en el proceso debe estar encaminada a desvirtuar el vínculo genético entre reconociente y reconocido”, mientras que la de nulidad “es aquella que ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva como tal (...) Sentado ello de lo que se trata es de probar el vicio de error excusable alegado por el actor (prueba que estaba a su cargo por tratarse del hecho afirmado por él al demandar), o eventualmente, el error provocado por el dolo de la demandada que lo indujo a reconocer a V. y no el vínculo biológico mediante la realización de un estudio de ADN ...”

En virtud de tales consideraciones más adelante se agrega: “La cuestión de la prueba en la acción de nulidad del reconocimiento merece una reflexión pues el presupuesto de la acción -como se anticipara, a diferencia de lo que sucede en el resto de las acciones de desplazamiento- no es la ausencia del vínculo biológico entre reconociente y reconocido, sino la existencia de vicios que afectan la validez sustancial del acto jurídico y que atañen a su eficacia constitutiva como tal. En consecuencia -insisto- quien procura la nulidad del reconocimiento deberá acreditar por cualquier medio probatorio el hecho que da fundamento a su pretensión (p.ej. el vicio de error, dolo o violencia, la coexistencia de reconocimientos, los vicios formales, etc.)”.

Por mi parte, comparto el criterio de quienes postulan que la distinción entre ambas acciones debe ser matizado. Es cierto que en la acción de nulidad resulta imprescindible acreditar el error provocado por una acción u omisión de otro y que éste debe ser evaluado con criterio amplio, descartando que se verifique un reconocimiento complaciente. No obstante, la realidad biológica es también dirimente.

En este orden de ideas, y cuestionando aquella distinción tajante a la que aludiéramos anteriormente, se ha manifestado: “Disentimos con estas afirmaciones que se vienen defendiendo desde hace tantos años por las siguientes razones. En el fondo, tanto la acción de impugnación como la de nulidad tienen como presupuesto la falta de nexo biológico y de allí que la prueba de ADN en ambos casos suele ser la más relevante y, a la par, la que mayor peso tiene (...) siempre se han realizado enormes esfuerzos teóricos para diferenciar la acción de impugnación de filiación extramatrimonial o reconocimiento de la acción de nulidad de reconocimiento que, de base, ya tienen algo en común que no es menor: poner en crisis el acto jurídico de reconocimiento considerado, en principio, irrevocable; de allí que se tengan tantos reparos en lo relativo a la legitimación activa por parte del propio reconociente y justamente por ello, se haya apelado a buscar a través de la acción de nulidad otro camino para llegar al mismo resultado: extinguir el vínculo filial entre dos personas que carecen de lazo biológico” (Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia y Fernández, Silvia E., Derecho filial, perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2018, p. 220).

Considero que en autos se ha acreditado debidamente tanto el error invocado por el actor como la inexistencia de vínculo biológico.

En dicho rumbo, es dable destacar que el estudio de ADN practicado extrajudicialmente (fs. 82/86) fue reconocido por el Lic. Augusto Rubén Giacomi (audiencia de fs. 139), quien fue el bioquímico que extrajo las muestras de sangre enviadas a Córdoba y, de allí, una vez realizado el estudio por el Dr. Vullo, le fue remitido con sus conclusiones (preguntas séptima y octava - fs. 139vta.). También fue reconocido mediante informativa dirigida al Instituto L.I.D.M.O., cuya respuesta obra a fs. 155/172, sin que haya sido impugnada. Al respecto es dable destacar que si bien en el estudio respectivo no se consigna el DNI del aquí actor, debe tenerse presente que el testigo dice conocerlo del pueblo (Vicuña Mackenna) sin que su testimonial hayan merecido objeción alguna y, en cuanto a la niña, mal podría consignarse su DNI cuando conforme surge de las constancias de autos, el acta de nacimiento (a partir de la cual se le asigna el DNI) es de fecha posterior al estudio de ADN.

Por tal motivo, no puede negársele valor probatorio a la declaración testimonial del Lic. Giacomi en cuanto a las personas que se realizaron el examen pertinente y el contenido del mismo (el cual, como se expuso, también fue ratificado por prueba informativa).

En este punto, es dable destacar que el Tribunal dispuso como medida para mejor proveer (fs. 311) la realización de un estudio de polimorfismo de ADN a los fines de disipar las dudas que pudieran derivarse del examen genético realizado en forma privada. No obstante ello, dicha medida para mejor proveer no pudo ser cumplimentada en tanto la Sra. M. no se apersonó junto con V. para la realización de la extracción de material genético, conforme surge del informe presentado por la oficina de genética forense obrante a fs. 376. En definitiva, pese a los denodados esfuerzos del Tribunal para el cumplimiento de la medida respectiva, no pudo cumplimentarse por la renuencia de la demandada.

Por tal motivo, frente a lo acontecido en el proceso, resulta improcedente pretender neutralizar el valor probatorio del examen de ADN extrajudicial. En este sentido, la doctrina

ha hecho presente que “...en principio, si existe controversia acerca del resultado de un examen genético realizado extrajudicialmente es deber de los magistrados ordenar (incluso de oficio) la concreción de una nueva prueba que permita un adecuado control judicial de la práctica y la necesaria intervención de todos los interesados, que podrán además proponer consultores técnicos...Sin embargo, si ordenada la nueva prueba, quien impugna la anterior se niega a practicarla, obstaculizarla o dilata su producción, cobrará especial relevancia el examen realizado en forma extrajudicial. Es decir, la conducta procesal del requerido será vital a fin de ponderar el valor de la prueba discutida...” (Famá, María Victoria, ob., cit., t. I, ps. 648/649).

También se ha acreditado el error invocado como fundamento de la nulidad pretendida mediante las declaraciones testimoniales rendidas en la causa (Sres. Néstor Enrique Díaz -fs. 140-, Lucrecia Melania González - fs. 142-, Juan Manuel Vidal González - fs. 176), las cuales fueron debidamente ponderadas por la sentenciante en cuanto coinciden en la existencia de una relación esporádica, en que la demandada afirmaba que el padre de su hija era el actor y en que, pese a la existencia de dudas sobre su paternidad, el actor formalizó el reconocimiento de la niña.

En este contexto, la invocación del interés superior del niño como fundamento para solicitar el rechazo de la demanda -como lo pretende la recurrente- no puede ser admitida pues, tal como ha destacado el Sr. Asesor Letrado, en este caso el mejor y mayor interés no se satisface impidiendo que se refleje la realidad biológica en la jurídica, sino todo lo contrario.

Es que, tal como se ha explicado, la profundidad y centralidad del derecho a la identidad (art. 8 Convención de los Derechos del Niño) deriva de que este “comprende una gran cantidad de subderechos que deben ser explicitados y analizados con su propia particularidad o por fuera de la clasificación estática-dinámica. Veamos, el derecho a la verdad; el derecho a saber quiénes son los progenitores; el derecho a los orígenes y la biografía; el derecho a la información genética; el derecho a estar inscripto; el derecho a tener un nombre y que ese nombre refleje la identidad estática o dinámica, según el caso...” (Herrera, Marisa, “El derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes a 30 años de la Convención sobre los

Derechos del Niño. Una mirada crítica y compleja desde la experiencia nacional” en A 30 años de la convención sobre los derechos del niño. Avances, críticas y desafíos, Marisa Herrera, Andrés Gil Domínguez y Laura Giosa -dirs.-, Buenos Aires: Ediar, 2019, ps. 841-842).

Por otra parte, no puede perderse de vista que con motivo del ADN practicado extrajudicialmente a los pocos meses de vida de V., se interrumpió el contacto y la vinculación entre el actor y su hija. En este sentido, los esfuerzos tendientes a determinar el domicilio de su madre, la Sra. M., para practicar las notificaciones ordenadas a lo largo del proceso resultan más que ilustrativos al respecto. Lo dicho resulta relevante pues la paternidad trasciende el mero dato biológico y comprende, entre otros aspectos, la realidad socio afectiva de los niños, niñas y adolescentes (NNA).

En este sentido ha dicho mi colega que el estado de familia “no solo hace referencia a la circunstancia biológica del menor, sino a la realidad que el mismo vive dentro del seno familiar y su contexto social” y que el interés superior del niño “tiende a proteger su integridad psico-física y moral, a mantener la estabilidad y contención que el niño necesita para desarrollarse plenamente; sin perjuicio del derecho que a él le asiste, de indagar, en su momento, respecto de su verdadera filiación. Lo que se persigue es que el menor tenga una familia que le permita crecer normalmente y desarrollar sus capacidades, en el marco del afecto y educación brindadas por la misma, considerándola una célula básica del tejido social” (Tibaldi de Berteza, Sandra E., Impugnación de paternidad. Falsa causa de embarazo”, Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto, 2003-2004, p. 2260).

En similar orden de ideas se ha expresado: “El vínculo del hijo con los padres no resulta de los factores fisiológicos de generación y parto. La filiación no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican los verdaderos

lazos que unen los padres a sus hijos” (Dias, Maria Berenice, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, Revista Jurídica, UCES, 13, 2009, p. 87 citando a Filgueras Nogueira, Jacqueline, A filiação que se constrói, p. 114).

Se trata, sencillamente, de tomar en consideración el dato fáctico de la existencia o no de la posesión del estado de hijo o de un vínculo de socioafectividad, los cuales, según hemos explicado se encuentran ausentes en el caso de autos.

Por el contrario, sí se encuentra acreditada la ausencia de vínculo filial biológico entre el Sr. D. B. S. y V., como así también la existencia de un vicio en el acto de reconocimiento; por tal motivo, pretender enervar el acogimiento de la demandada ventilada en autos al solo efecto de sostener un emplazamiento formal (carente de contenido biológico y afectivo), atenta gravemente contra el derecho a la identidad que es un componente ineludible de cualquier aplicación ponderativa del interés superior del niño (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14). Y este, tal como ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, constituye “una pauta hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna, que deberá ser determinado en lo que hace a su contenido en cada caso concreto” (CSJN, Fallos: 330:167).

En este rumbo se ha afirmado, en opinión que comparto: “... En la especie, la protección del derecho a la identidad personal, familiar y social, obliga a ponderar derechos y principios en juego (ejercicio de la acción - derecho a la identidad), en función del eje rector del interés superior del niño (...) Es que, frente a cualquier demanda de desplazamiento filial, los magistrados deben valorar el verdadero interés del niño en mantener un vínculo jurídico que no resulta acorde a su realidad biológica. Tal valoración, como en todos los supuestos donde se encuentran involucrados los derechos de los niños, niñas y adolescentes dependerá de las circunstancias de cada caso particular, pues el interés superior del niño no puede ponderarse en abstracto, sino que es el resultado de toda una serie de aspectos que integran el contexto fáctico y jurídico del caso (cfr. Corte IDH, "Atala, Riffo y niñas vs. Chile", del 24/02/2012, parágrafo 110 entre otros; "Fornerón e hija vs. Argentina", del 27/04/2012, parágrafo 45 entre otros. En www.corteidh.or.cr/)...” (Cam. Flia. 2da. Nom. Córdoba, Sentencia n.º 33,

7/8/2018, “R., H. D. C/ R. L., M. D. y otro - Acciones de filiación - Contencioso - Recurso de apelación”).

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución en todos sus términos.

VIII.) Conclusiones.

De acuerdo a lo hasta aquí vertido, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la tutora ad litem de la niña V. S., Dra. Karina Elena Acosta y, por ello, confirmar la Sentencia N° 133 de fecha 30/09/2016.

Por otro lado, atento las especiales características del proceso ventilado en autos y la absoluta falta de colaboración de la demandada a los fines de determinar la verdad biológica en cuanto a la filiación paterna de su hija V. -con la consecuente agresión a su derecho a la identidad-, estimo pertinente anexar a la presente resolución una comunicación personal de lectura fácil dirigida a V., procurando explicarle lo resuelto en esta sentencia y algunos de los principales derechos con que cuenta. Principalmente, expresar su opinión, la cual deberá ser valorada de acuerdo a su edad y grado de madurez, respecto del apellido que querrá llevar en el futuro, siendo posible mantener el actual si con él se identifica. Asimismo, hacerle conocer las vías con las que cuenta para conocer su verdadera identidad biológica. Todo ello de conformidad a lo dispuesto por los arts. 3, 11, 12, 13, 24, 27 y cc. Ley 26.061; 3, 11, 15, 16, 27 y cc. Ley 9944; 15 inc. 12 de la ley 10.305; 706 inc. a del CCyC; Reglas N° 58 a 60 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008); Principios N° 6 a 8 de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia, 2002), como así también de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes (Poder Judicial de Córdoba - Oficina de Derechos Humanos y Justicia, 2020, ps. 18 y 44) y a los principios que informaron la creación del “Comité de lenguaje claro y lectura fácil” (Acuerdo Reglamentario N° 1581

Serie A del 14/08/2019; Altamirano, Leonardo, ¿Cuál es la diferencia entre lenguaje claro y lectura fácil?, Comercio y Justicia, 2 octubre de 2020).

Por ello, a la primera cuestión voto por la afirmativa.

Las Sras. Vocales Sandra E. Tibaldi de Berteza y Mariana Andrea Pavón dijeron que adherían al voto precedente y por compartir sus fundamentos, se pronunciaban en igual sentido.

A la segunda cuestión, el Sr. Vocal Jorge José Aita Tagle, dijo:

En definitiva, y a mérito del resultado obtenido de la votación, propongo al acuerdo: 1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Dra. Karina Ellena Acosta, en su carácter tutora ad litem de la niña V., en contra de la Sentencia N°133 dictada el día 30/09/2016. 2º) En cuanto a las costas, si bien se rechaza in totum la vía recursiva impetrada, lo cual importaría la aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 130 CPCC), gran parte de la doctrina ha afirmado —en opinión que compartimos— que “...en los procesos de familia, la especial naturaleza de los derechos en juego, y los caracteres y principios procesales propios que los delinear, reclaman una mirada diversa en orden a las reglas aplicables a la imposición de costas, las cuales pueden resolverse en forma diferenciada en relación con el proceso civil. Es que en los procesos de las familias, se observa una tendencia a prescindir -en determinados supuestos- del principio objetivo de la derrota, con basamento en que la intervención del juez es una carga común por ser necesaria para componer las diferencias entre los justiciables...” (Faraoni, Fabián Eduardo y Rossi, Julia, “Las costas judiciales en los procesos de familia”, en Costas Judiciales en la Provincia de Córdoba, Maximiliano Calderón -dir.-, Advocatus: Córdoba, 2019, p. 508/509). En dicho rumbo, si bien se rechaza la apelación interpuesta por la tutora ad litem de la niña, no resultaría justo imponerle a esta las costas, máxime cuando de las constancias de autos surge que la apelante ejerció la vía recursiva con el afán de evitarle

una mayor desprotección que la derivada de la actitud de su propia madre, quien no ha colaborado en desentrañar cuál es la verdadera identidad biológica de V.. En función de lo expuesto, corresponde imponer las costas por su orden (cfme. art. 130 1er párrafo última parte del CPCC). 3º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en los términos del art. 26 de la ley 9459 (criterio a contrario sensu). 4º) Anexar a esta resolución una comunicación de lectura fácil para la niña V. 5º) Ordenar que la sentencia se notifique a su domicilio real con transcripción de su parte resolutive y de la comunicación personal. Así voto.

Las Sras. Vocales Sandra E. Tibaldi de Berteza y Mariana Andrea Pavón dijeron que adherían al voto precedente y por compartir sus fundamentos, se pronunciaban en igual sentido.

Por ello,

SE RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Dra. Karina Elena Acosta, en su carácter tutora ad litem de la niña V., en contra de la Sentencia N°133 dictada el día 30/09/2016.

2º) Imponer las costas por su orden.

3º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en los términos del art. 26 de la ley arancelaria.

4º) Anexar a esta resolución una comunicación de lectura fácil para la niña V.

5º) Ordenar que la sentencia se notifique a su domicilio real con transcripción de su parte resolutive y de la comunicación personal. Protocolícese, hágase saber y bajen.

Estimada

V.:

Somos Sandra, Andrea y Jorge y te escribimos porque te queremos explicar lo que hemos decidido y por qué. Si bien esta decisión judicial tiene palabras difíciles, lo importante es que entiendas cuáles han sido las razones que tuvimos en cuenta para decidir. De acuerdo a lo que se ha demostrado en el expediente, tu mamá (N. G. M.) cuando quedó embarazada de vos, por algún motivo que desconocemos, le expresó a D. B. S. que era tu papá, pero en realidad no lo es. Por ese motivo se le dio la razón a D. B. S. quien ya no figurará como tu papá en los papeles y documentos.

Lamentablemente, no hemos podido contactarnos con vos para saber si, de ahora en adelante, querés seguir llevando tu actual apellido o preferís usar el de tu mamá. Sería muy importante que dieras tu opinión antes de que se ordene cambiarlo. Sabemos que estás lejos de Río Cuarto por eso, te dejamos un número de teléfono para que nos llames y charlemos (0358-4677821). Nos gustaría mucho escucharte.

También es importante que sepas que tenés derecho a saber quién es tu papá, que él te reconozca como su hija y que cumpla con los deberes que tienen los padres (cuidarte, darte una ayuda económica dentro de sus posibilidades, etc.). Para eso es muy importante que sepan, tanto vos como tu mamá que podemos ayudarlos si se comunican con nosotros.

Con

cariño,

Sandra TIBALDI DE BERTEA, Andrea TAGLE y Jorge PAVÓN - Jueces. Diego -
Secretario.

