Comodoro Rivadavia, de junio de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"G., E. A. c/ H., M. L. s/ ACCION DE FILIACION", Expte. Nro. 206/2010**, venidos del Juzgado de Familia Nro. 1 (Expte. Nro. 15/2010).

I.- Llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 17/18vta., recurso de reposición con apelación en subsidio contra del auto de fs. 16 que, con fundamento en los arts. 247, 248 y 254 del C.C., rechazó in limine la demanda por carecer el accionante de legitimación para promover la acción impetrada.

Rechazado el primero es concedido el según conforme constancia de fs. 19.

Sostiene el recurrente que la acción impetrada se fundó en el art. 247 por no tener la certeza de ser el padre biológico del niño y ante la reticencia de la madre a realizarse la prueba de ADN, para que se la compela a ésta última y se produzca la misma para determinar o no la paternidad y realizar en consecuencia el reconocimiento.

Sostiene que el caso es inverso al comúnmente planteado. Aquí, dice, hay un hombre que pretende conocer la realidad biológica del niño y asumir la responsabilidad que le corresponda.

Señala que la interpretación dada por la Sra. Asesora Civil y la juez a-quo implican sostener un vacío legal para supuestos como el presente.

Indica que la acción no tiene su fundamento en el art. 248 del C.C. pues el reconocimiento lo efectuará una vez determinada la paternidad con el correspondiente estudio de ADN.

Invoca en su respaldo la garantía del art. 14 de la CN y arts. 4, 17, 18 y 24 de la DADH y el derecho constitucional del hijo a ser reconocido conforme arts. 7 y 8 CIDN y 75 inc. 22 de la CN.

II.- El aquí actor promovió acción de filiación extramatrimonial contra la madre del niño CAH con fundamento en los arts. 240, 247 y 253 del Código Civil. Relató que mantuvo una relación de noviazgo que incluyó convivencia de seis meses con la demandada en el año 2008. Luego de la

ruptura, a principios de febrero de 2009, la accionada lo localizó en su trabajo para comunicarle que estaba por dar a luz a un niño. Atento ello, concurrió a conocerlo y concordaron en la realización del análisis de ADN para determinar la paternidad, lo cual no fue cumplido por haber cambiado de parecer la Sra. H. al poco tiempo manifestando que lo efectuaría si su hijo se lo pidiera y quisiera. Atento ello promueve demanda ofreciendo voluntariamente reconocerlo luego de obtener certeza mediante el resultado positivo del estudio de ADN. Señaló el derecho constitucional del niño a conocer su identidad y tener una filiación. Ofreció prueba confesional, documental, pericial e informativa.

La Sra. Asesora Civil dictamina a fs. 15 sosteniendo la falta de legitimación para promover la acción de filiación según el art. 254 del C.C. señalando que el reconocimiento del presunto hijo está previsto en el art. 248 de la ley de fondo. Indica que advierte duda en el presentante, respecto del nexo biológico, sugiriendo el rechazo in limine de la demanda y en todo caso ocurrir por vía de las diligencias prelimares o prueba anticipada.

Conforme surge de fs. 16 el a-quo en base al dictamen precedente, entiende que el actor carece de legitimación activa y rechaza in limine la demanda con fundamento en los arts. 247, 248, 254 del C.C. y art. 34 inc. 4 ap. 5 del CPr.

III.- Es cierto, tal como señala la Sra. Asesora que quien se considera padre de un niño nacido fuera del matrimonio tiene a su disposición las distintas formas de reconocimiento del art. 248 del C.C. También es cierto, que de acuerdo a la prescripción del art. 254 del C.C., el actor carece de legitimación activa para ejercer la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial, que el legislador puso en cabeza del hijo, o del Ministerio Público con consentimiento de la madre, en el supuesto del art. 255 del mencionado cuerpo normativo.

En principio, el actor no se halla legitimado para ejercer la acción intentada. Pero ello, sólo en apariencia como seguidamente se detallará.

Es que el análisis debe partir de considerar que está en juego el derecho a la identidad del niño C.A. y el emplazamiento de estado familiar tanto del niño como de su progenitor.

El reconocimiento del derecho a la identidad surge sin

discusión amparado por el art. 33 de la CN, recibiendo protección expresa en el art. 75 inc. 22 por vía de los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, en el ámbito familiar, el derecho a la identidad, se explica como una cuestión relacional que no sólo incumbe al hijo sino que atañe a todas las partes involucradas en la relación de parentesco. Por ello se dice que reposando la filiación por lo general en el presupuesto biológico, se deduce sin esfuerzo que la determinación de la identidad genética afecta no sólo a aquel de cuya identidad se trata, sino también a todos los que con éste estén entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco (Mizrahi, Mauricio L, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas" LL 2004-A-1237, cit. por María Victoria Fama, "La Filiación, Régimen Constitucional, Civil y Procesal" Abeledo Perrot, Bs. As. 2009 p. 129)

Y dentro de un vínculo familiar es imprescindible que una persona sepa quien es, cual es su nombre, cual es su origen, quienes son sus padres, para poder ejercer su derecho a la identidad biológica consagrada en el art. 7 inc. 1 de la CIDN. Surgiendo además del art. 8 inc. 1 de la citada Convención que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluido nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Entonces, cuando la realidad del vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado en familia que corresponde con su relación de sangre y para ello deberán contar con dicho vínculo como para obtener el emplazamiento que logre la debida concordancia (Jorge Azpiri, "Juicios de filiación y patria potestad" p. 38 y sigtes.)

En este orden de ideas se ha dicho que "en materia de investigación de la relación paterno o materno filial debe prevalecer el principio de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real, aunque el legislador introduzca alguna atemperación por atendibles razones de seguridad jurídica y paz familiar. Así determinado el hecho de la generación, comienza a regir el principio restante y

fundamental que regula la materia: el de "favor filii". En la averiguación de la verdad biológica no sólo están en juego intereses privados sino también un interés público, como lo es el estado de las personas, por el cual no se pretende exclusivamente llegar a una verdad judicial, de acuerdo con las pruebas aportadas por los litigantes sino que busca la verdad objetiva: la existencia o no de un nexo biológico (Conf. CNCiv., sala D, 17/09/96, "S.E.B. c. S.H.S.", LA LEY, 1998-D, 898; íd. Sala K, 23/9/2003 LL 2004-B-970).

Frente a tales parámetros, sin desconocer la normativa aludida por la Sra. Juez a-quo, la conclusión a la que arriba denota una rigidez interpretativa incompatible con la envergadura de tales derechos que según las circunstancias del caso ameritaban una modificación del encuadre jurídico propuesto por el accionante.

Nótese que a tenor de la normativa invocada por la sentenciante y la Sra. Asesora, la situación del actor, se reduce a optar entre reconocer al niño asumiendo de forma irrevocable una paternidad (art. 249 del C.C.) que no está seguro de ostentar, o privar –y privarse- del vínculo paterno a quien tal vez fuera efectivamente su hijo.

“El razonamiento destila un cinismo evidente, pues se obligaría al accionante a asumir una paternidad sobre la que tiene dudas para intentar luego destruir tal emplazamiento mediante un proceso judicial, todo lo cual conlleva importantes costos espirituales y materiales” (al decir de Picasso, Sebastian n nota al Fallo de la CNCIv, Sala K, 23/9/2003 LL 2004-B-970), máxime si como el propio presentante dice: reconocería al niño de obtener un resultado positivo de la prueba biológica.

Asimismo, no resulta ocioso acotar que el rechazo decidido por la Sra. juez, elimina la posibilidad de aclarar la identidad del niño C.A.H, pese a estar en conocimiento del Órgano Judicial y del Ministerio Pupilar la falta de filiación paterna y la aparente negativa de la madre a contribuir a determinar la misma.

En anteriores pronunciamientos, hemos señalado que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como directriz que

cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324:122) y que se impone la realización de una interpretación coordinada entre los diferentes derechos constitucionales, y en cuanto sea posible es preferible optar por una exégesis no abrogatoria sino conciliadora de los preceptos, de tal manera que las respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición (CSJN 25/09/2001 LL 2001-E-273).

Claro está, que el interés superior del niño, en la especie, es obtener su identidad biológica, jurídica y gozar del status de hijo de quien es su padre quien a su vez, y en caso de ser positivo el resultado de la prueba biológica-dice, sumirá plenamente los deberes y derechos que devienen del ejercicio de la patria potestad.

Queda así demostrado que por los derechos constitucionales en juego, y según el criterio sustentado por la Corte, se imponía, la adopción de un procedimiento que de satisfacción al pedido o lograr el esclarecimiento de la verdad material por sobre construcciones jurídicas, de lo sustancial sobre lo formal, en el sentido de que los cauces procesales deben servir para viabilizar y no para obstaculizar el ejercicio de los derechos plasmados en las normas de fondo.

Es que no puede desoírse, bajo el pretexto de la falta de legitimación, la situación puesta en conocimiento del juzgado, en que se halla en juego por un lado la identidad de un niño y el emplazamiento familiar del mismo y su padre, por el otro.

En este orden de ideas se entiende que el peticionante es apto para postular al Estado la satisfacción del interés a la tutela jurídica como derecho constitucional amparado en el art. 18 y 33 de la Constitución Nacional, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 ap. 1ero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Constitución de la Provincia en su art. 18 incs. 8 y 9.

Y no parece razonable negar, in limine litis, legitimación a alguien que quiere tener certeza sobre su paternidad con relación a un niño, pues además, mantener tal temperamento, implica admitir una filiación incompleta hasta tanto el niño llegue a la mayoría de edad o su madre cambie de parecer. “no parece legal ni justo, a la luz de los textos internacionales que un niño transite toda su infancia y parte de su adolescencia –pues hasta después de los 14 años no podría iniciar la acción por su sola decisión- con un apellido para luego mutarlo por otro cuando con la sola decisión materna esa incertidumbre puede finalizar antes” o, como en el caso, de no mediar la decisión materna en tal sentido, recurrir al auxilio judicial en procura de la misma. (Conf. Ricardo Dutto “El Derecho Identitario del Niño. Significación y Valoración de las Pruebas Biológicas” en Revista De Derecho Procesal de Familia-II” Ed. Rubinzal Culzoni, 2002-2 p. 143 y sgtes.).

La solución que se propone se encuentra respaldada en el ordenamiento jurídico vigente. De un lado, el juez tiene el deber expresamente adoptado por el ordenamiento procesal de aplicar el derecho que corresponda a la solución del caso, prescindiendo de las normas jurídicas invocadas y suplir las omisiones en que las partes hubiesen incurrido siempre que ello no implique alterar la pretensión del actor ni los elementos de la defensa del demandado. Por otra parte, tiene a su alcance las herramientas suficientes para evitar el rechazo in limine dispuesto, si se tiene en cuenta la particularidad que ofrece el proceso de familia, los principios que lo informan –piénsese en la publicitación, sobre todo en los juicios de filiación- y los criterios esencialmente discrecionales en él imperantes, para la mejor tutela de los intereses generales comprometidos (ver. Berizonce “La Tipicidad del proceso de Familia y su reflejo en la tutela cautelar anticipatoria” Rev. De Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Medias Cautelares, p. 145 y sigtes.) y las facultades conferidas por los incs., a y d del art. 105 de la ley III-21 (antes 4347) no se advierten motivos para hacer prevalecer el criterio estricto pregonado por la sentenciante.

Tales extremos demuestran que en forma previa a la decisión adoptada, resultaba aconsejable bilateralizar el pedido, fijando una audiencia previa con la contraria, a fin de corroborar la invocada negativa a

someterse a la prueba biológica para luego decidir la tramitación que cabe dar a la petición efectuada en base a los argumentos dados en el presente, la opinión de la Asesora Civil de Familia e Incapaces y la viabilidad de enderezar la presente v.gr. como una medida preparatoria en los términos de los arts. 326 y 330 (antes 323 y 327) del CPr. en correspondencia con el criterio sustentado por esta Sala en autos “J. E. M s/ Diligencia Preliminar” S.I. Nro. 205/2007 del 5/12/2007 y "H. N. c/ S. F. Á. s/ Prueba Anticipada" S.I. Nro. 165/2006 del 6/9/2006.

Por último, es dable recordar que en este campo, familiar, más que en ningún otro el derecho debe tender sobre todo a evitar el conflicto (Conf. Cárdenas, Eduardo LL 1991-E-1368 cit., por Aída Kemelmarjer de Carlucci JA 1993-IV-676), resultando menester que el juez, a tal fin ordene el procedimiento, adecuándolo e instando el trámite, pues de ello derivará una más acabada comprensión del conflicto sometido a su decisión.

Dentro de tales parámetros, la decisión en crisis debe ser modificada, concluyendo que deberá adecuarse en la instancia de grado el trámite que mejor se compadezca con la problemática denunciada.

En consecuencia, corresponde por los argumentos dados, hacer lugar al recurso interpuesto, y revocar el rechazo in limine dispuesto, debiendo ordenar en la instancia de grado la adecuación del trámite a fin de resguardar los derechos involucrados y responder al compromiso estatal de arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad (Conf. voto del Dr. Pettigiani, SCBA elDIal W1A058).

En atención a la materia debatida y por cómo se decide no se imponen costas (art. 68 del CPr.). Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán atendiendo a lo preceptuado por los artículos 32 in fine, 13 y 46 de la ley XIII-4 (antes 33, 14 y 47 del Decreto-Ley 2.200 t.o. por Ley 4.335).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Admitir el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 17/18vta., revocar el auto de fs. 16 y disponer que en la instancia de grado se de trámite a la presente, conforme los considerandos respectivos.

2)Sin costas de ésta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a los Dres. P. A. N. y A. D. H., en el tres por ciento (3%) de los que le sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia en el proceso.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.