--- Trelew, de febrero del año dos mil catorce.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 31 contra la providencia dictada a fs. 29 y vta., concedido a fs. 32, es fundado a fs. 34/36vta.----------

--- **Y CONSIDERANDO:**----------

--- I.- A fs. 29 y vta. la Sra. jueza de grado resuelve negarle legitimación al Sr. Carlos Matías Millan para impugnar la paternidad de la menor Samira Anahí Sánchez.----------

-- Para así decidir tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 259 del C. Civil, que acuerda legitimación activa para impugnar la paternidad del marido, al propio marido, sus herederos y al hijo.----------

--- Añade que la falta de legitimación de quien alega ser padre biológico resulta cuestionada en la doctrina, acentuándose su crítica negativa luego de la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su consagración constitucional, en cuanto hace al derecho del niño a su identidad, que se realiza en la medida de lo posible en conocer a los padres y ser cuidados por ellos.----------

--- Ello así, sostiene que el citado artículo debe ser interpretado a la luz de la citada Convención, privilegiando el interés superior del niño y la idea de verdad biológica es menester colocarla al servicio de dicho interés, de modo que cuando una norma sustancial o adjetiva se oponga a tal principio es inaplicable sin necesidad de declararla inconstitucional.----------

--- Que en dicha circunstancia a fin de otorgar legitimación a quien alega ser progenitor biológico del niño deberá analizarse la situación familiar concreta, -en el caso- que admitió el actor saber del embarazo de la Sra. Alquinta, que convivió con la misma y tuvo conocimiento del nacimiento de la menor en enero de 2007, sin embargo no efectuó reclamo alguno respecto de su paternidad, situación que revela su indiferencia al derecho de su hijo a conocer su realidad biológica, su identidad y en virtud de la cual hoy solicita se le conceda legitimación.----------

--- Sostiene que la declaración de inconstitucionalidad resulta ser la última ratio a la cual el operador debe acudir, para ser inconstitucional una norma debe darse en el caso concreto una injusticia palmaria, notoria, que dañe el interés superior del niño.----------

--- Refiere que del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario surge la posesión de estado de hija consolidado pese al fallecimiento del Sr. Sánchez, compartiendo este sentimiento con sus hermanos. Asimismo alude al dictamen del Asesor de Familia, para concluir que la preservación del interés superior de la menor se alcanza negando legitimación al Sr. Millan.----------

--- II.- Agravia al apelante la decisión de la jueza de grado. Señala que al interponer la demanda se hizo saber que al poco tiempo de nacida la niña el apelante fue privado de su libertad, que a ello se suma que la Sra. Alquinta se encontraba casada con el Sr. Sánchez y éste fue un factor determinante para que regresara con él.----------

--- Agrega que con posterioridad al fallecimiento del Sr. Sánchez, la Sra. Alquinta en

numerosas oportunidades fue a visitar junto a la niña al Sr. Millan en su lugar de detención y durante este año fue en una oportunidad según informe no agregado a esta causa.----------

--- Señala que en el escrito de demanda también se puso en conocimiento que la Sra. Alquinta no tenía una vida marital y familiar armoniosa, sino que obran antecedentes de denuncias de la Sra. contra el Sr. Sánchez por violencia familiar, cotejable a través del sistema Libra. ----------

--- Con cita de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, distingue la situación familiar en la que el menor goza de la posesión de estado respecto de su padre biológico, en cuyo caso se otorga legitimación para impugnar la paternidad; de la del niño que es tratado como hijo por el marido de la madre en cuyo caso esa legitimación debe ser negada, y manifiesta que ello trae como consecuencia que de acogerse la acción de impugnación el niño sabrá quien es su progenitor biológico, a la vez que se extinguirá la anterior filiación y nacerá una nueva. Añade que siendo así el trato de hijo por el marido de la madre construye una presunción legal, y genera el convencimiento de que es beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, toda vez que al amparo legal se suma una situación de hecho de gran peso y beneficio para el menor. Y concluye que para determinar si la falta de legitimación es constitucional o no requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso: a) edad del niño, b) conformación del grupo familiar en el que está inserto y c) relaciones familiares fácticas previas. ----------

--- Alega que esta es la posición que mejor concilia los intereses en juego, que en materia de filiación no existe una sola verdad, sino muchas verdades: la afectiva, la biológica, la sociológica, la de la voluntad individual y la del tiempo.----------

--- Agravia al apelante que se defienda a ultranza una filiación que no sólo no sería la real biológica, sino que vive solo en los recuerdos o en lo que terceros (madre y hermanos) puedan evocar del padre legítimo, pues el mismo ha fallecido.----------

--- Resalta que el criterio de la magistrada no guarda relación con la verdad, pues se veda la posibilidad a una niña de corta edad de saber quién es su padre y de saber que está vivo. Afirma que no se está ante un caso en el que se halla en pugna el interés del padre biológico no legitimado a accionar por el art. 259 del C. Civil y el marido de la madre, que ha criado a la niña y que en los hechos e historia familiar es el padre de la criatura.----------

--- Sintetiza que el padre legítimo falleció, y el padre biológico está vivo, siendo la niña de muy corta edad, de modo que no ha compartido ni convivido demasiado tiempo con su padre legítimo. Aduce que lo poco vivido es una historia signada por la violencia, así que no se ve cuál es en este caso concreto el mejor interés de la niña, al vedarle el

acceso a su realidad biológica, en salvaguarda de una armonía familiar inexistente.---------- III.- Partiendo de la base que el art. 259 del C. Civil no contempla entre los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial al padre biológico, se han desarrollado tres posturas: a. La favorable que se asienta sobre la base de la inconstitucionalidad del art. 259 del C. Civil en cuanto omite al padre biológico del catálogo de legitimados activos para interponer la acción de impugnación de la paternidad, toda vez que es indudable el interés legítimo del mismo que se ve desplazado por la enumeración restrictiva del artículo en estudio, negándole el acceso a la justicia para de ese modo impedir la determinación de la verdadera filiación del hijo contemplada en los tratados de derechos humanos, y que es la sostenida por el actor; b. En un sector minoritario se encuentran quienes niegan legitimación activa al padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, dado que si bien la filiación legal debe coincidir con la biológica, ello reconoce ciertos límites privilegiando la paz social o la paz familiar; c. Por último la postura intermedia o ecléctica sostenida originariamente por Grosman (que hoy se inclina por la postura amplia) y se funda en la necesidad de distinguir los casos según la situación familiar concreta. Si el niño goza de posesión de estado respecto del padre biológico, corresponde habilitar la acción, si la posesión de estado se encuentra en cabeza del marido de la madre del menor se deniega legitimación al padre biológico en aras del mantenimiento de la paz familiar existente. En esta postura se enrola la Dra. Kemelmajer de Carlucci quien sostiene que la misma es la que concilia mejor los intereses del menor a conocer su realidad biológica y el derecho del padre a establecer vínculos jurídicos con su hijo, dado que en materia de filiación no existe una sola verdad conforme argumentó el apelante. Esta tesis no niega el derecho a conocer la realidad biológica pero pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social, que es la aconsejada por el Asesor de Familia y adoptada por la jueza de grado. Pero cabe señalar que existe un criterio dentro de esta postura defendida por Mizrahi para quien el principio general es la apertura de la legitimación para las acciones de filiación, toda vez que la legitimación activa sólo supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo del asunto, que puede ser o no favorable; de lo que se sigue que la legitimación “ad causam” está relacionada únicamente con la vinculación entre las partes con apoyo en el derecho de fondo, y esa falta de vínculo es lo que genera la procedencia de la defensa o excepción. (“Legitimados para impugnar la paternidad matrimonial”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 36, 2007, p. 122, cit. por Famá, María Victoria, “La Filiación Régimen Constitucional, Civil y Procesal”, Ed. Abeledo Perrot-2009 pág. 483).---------- Este autor en criterio que comparte esta Alzada entiende que la denegación de la legitimación debe aplicarse restrictivamente, porque está involucrada la garantía de acceso a la jurisdicción (art. 18 C.N. y art. 44, segundo párrafo, C. P.) toda vez que la

legitimación en una visión amplia no se traduce en el acogimiento sustancial del reclamo, en tanto lo que se garantiza es la ocurrencia a los tribunales, no el éxito de la acción.----------

--- En tal contexto se presentan casos en los que es relativamente sencillo otorgar legitimación cuando el padre biológico goza de posesión de estado al interponer la demanda o la inversa cuando el padre legal es el que goza de la posesión de estado filial y ésta se halla debidamente consolidada por el transcurso de los años.----------

--- Pero la dificultad se presenta en situaciones grises como la presente, porque cierto es que el padre biológico no goza de la posesión de estado pero tampoco la ejerce el padre legal, toda vez que se produjo su fallecimiento el 06/12/10, cuando a la niña le faltaba un mes y 11 días para cumplir cuatro años según la partida de nacimiento glosada a fs. 1.----------

--- En tal contexto el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario deja en claro que si bien la menor identifica al Sr. Sánchez como su padre, sus recuerdos son acotados y algunos de ellos construidos en base al relato de terceros. Esta conclusión despliega un manto de duda sobre la alegada consolidación de la posesión de estado por parte del padre legal invocada por la jueza de grado como fundamento de su decisión, (no ha de obviarse que desde diciembre del año 2010 se extinguió la posesión de estado del padre legal).----------

--- En efecto, el término consolidar significa: “Dar firmeza y solidez a algo... Reunir volver a junta lo quebrado o roto, dejándolo firme. Asegurar, afianzar más y más alguna cosa; como la amistad, la alianza, etc.” (Víctor de Santo, Director, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía”, Ed. Universidad-1999, pág. 266).----------

--- Entonces, cabe preguntarse cómo puede encontrarse afianzada la relación paterno filial de una menor de tan escasa edad, en ausencia de recuerdos propios de la misma respecto de su progenitor legal dada su temprana desaparición, y cómo pueden afectarse los derechos de este último, quien impedido está de asegurar más y más el vínculo paternal, y la respuesta que se impone es que no hay afectación de una posesión de estado inexistente al momento de la interposición de la demanda por el padre biológico reclamando su derecho a la paternidad sobre la niña.----------

--- Siguiendo al Dr. Bidart Campos, cabe señalar que no se puede justificar la restricción a la legitimación y al consiguiente emplazamiento de la filiación al supuesto padre extramatrimonial que pretende desplazar la paternidad que impugna como opuesta a la realidad biológica para proteger la paz familiar, la familia o el matrimonio, pues nada de eso se defiende ocultando la verdad, toda vez que ya existió perturbación familiar con la conducta del cónyuge que generó la situación fáctica que lleva al padre biológico a

reclamar su emplazamiento en calidad de tal (“Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, ED 157-881).----------

--- Desde la óptica normativa, esta postura se sustenta en el art. 14 bis de la Const. Nac., y el acceso a la justicia que reclama el apelante se sustenta en el art. 18 de la Const. Nac., art. 44, segundo párrafo de la Const. Prov., arts. 7 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, arts. 1, 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 14, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es decir, cabe relacionar los tratados de modo tal que el derecho del acceso a la justicia que consagran los mismos, sirvan para ayudar a proteger derechos que surgen de otro, tal la Convención de los Derechos del Niño, descartándose la violación de los derechos a la identidad y a emplazar la verdadera filiación reconocida en los mismos para otorgar prevalencia a leyes internas que niegan la legitimación procesal activa necesaria para acceder a la jurisdicción. Demás está señalar que la observancia de dichos tratados es una manda impuesta por los arts. 31 de la Const. Nac. y 22 de la Const. Prov.; y que los principios, garantías y derechos reconocidos en la Const. Nac., no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28).----------

--- Por otra parte y desde la óptica de la menor, su derecho a conocer su verdadera identidad se halla expresamente establecido en el art. 13 de la ley III, Nro. 21; art. 11 de la Ley 26061 y art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño.----------

--- Ello así, entiende esta Alzada que en el caso concreto resulta inaplicable la postura ecléctica alegada por el asesor de Familia y seguida en la decisión adoptada por la Jueza de grado. En consecuencia, ha sido mal denegada la legitimación al actor para interponer la acción de impugnación de paternidad matrimonial. ----------

--- En efecto, se ha interpretado que el solo hecho de haber enumerado dos legitimados el artículo 259 no puede inferirse la exclusión de un tercero, pues debe tenerse en cuenta que cualquier regla que ciña las posibilidades de accionar, limita un derecho fundamental como es el de ocurrir ante un tribunal de justicia, Y se ha dicho que la interpretación que corresponde no sólo es la literal sino también la sistemática, dado que la ley debe ser valorada en orden al conjunto que integra, y en su íntima coherencia (SCBA, 5/10/93, “A., L. O. V. F., J. L: y otra s/ reconocimiento de filiación, impugnación de paternidad y cambio de apellido”, Voto del Dr. Negri en disidencia, ED 157-13, AP 70003907).----------

--- Para finalizar, por las razones expuestas cabe concluir que la decisión apelada debe ser revocada, y en consecuencia deberá la jueza de grado dar traslado de la demanda conforme las normas procesales vigentes de aplicación al caso.----------

--- No se imponen costas y no se regulan honorarios por la labor desplegada en esta Alzada por la letrada apoderada del actor, toda vez que la apelada es una decisión dictada de oficio.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

--- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

--- I. Revocar la resolución de fs. 29 y vta., debiendo la jueza de primera instancia disponer el traslado de la demanda conforme las normas procesales vigentes.----------

--- II. Sin imponer costas de Alzada y sin regular honorarios toda vez que la apelada es una decisión dictada de oficio.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2014 – SIF.- CONSTE.**----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA