Puerto Madryn, Septiembre de 2016.

VISTOS y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"M., M., A., S/ Impugnación de reconocimiento" Expte. Nº 175 Año 2016** provenientes del Juzgado de Familia Nº 2 (Expte. 517/2015) para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Familia e Incapaces a fs. 49 contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 276/16 de fs. 43/47.

I. A fs. 26/28 el actor se presenta y desiste de la acción de nulidad de reconocimiento entablada, en los términos del art. 308 del CPCC, toda vez que la misma no corresponde a sus intereses.

Del mismo, se corre traslado a la niña L., A., M., R., (v. fs. 29), notificándose de dicha providencia el letrado patrocinante de la progenitora a fs. 30.

Frente a su silencio, se corre vista a la Asesoría de Familia e Incapaces, quien previo a expedirse solicita se realice una audiencia con el fin que la niña sea escuchada.

A fs. 35 se agrega el acta de audiencia cumplida por la Dra. V., con L., A., M., R., y la AFI, y en la cual la niña expresa que su deseo es cambiar el apellido M., por R., y que esta decisión se le haga saber a M., M.

Al momento de contestar la vista conferida a fs. 37, la representante de la Asesoría de Familia e Incapaces expresa que L., quien irónicamente es la demandada en autos, reviste el papel de actora protagonista y que el establecimiento de su derecho de identidad deberá ser el norte que guíe a la magistrada al momento de resolver, debiendo priorizar tal derecho ante el exceso ritual y los intereses de particulares.

Sostiene que con la demanda se develó la realidad biológica de L., y es obligación de los representantes legales de ella y del estado garantizar que la misma goce a pleno sus derechos, entre ellos el de la identidad.

Concluye manifestando que L., dejó expresado en autos tanto mediante su representación como al momento de ejercer su derecho a ser oída, que desea obtener su verdadero emplazamiento filiatorio.

La representante de la Asesoría de Menores e Incapaces considera que el desistimiento formulado por el Sr. M., resulta improponible.

A fs. 43/47 la Sra. Magistrada de grado resuelve la cuestión planteada haciendo lugar al desistimiento del derecho pretendido por el actor. Contra dicha resolución, a fs. 49, se alza la Sra. Asesora de Familia fundando su memorial a fs. 52/60.

En primer lugar señala que la resolución deja a la luz la incoherencia de la Jueza de grado, entre las premisas que utiliza y los razonamientos que efectúa, arribando así a una conclusión del fallo que lo torna irrazonable.

Considera que la Magistrada de grado debió continuar con la línea inicial/ primaria y en base a ello rechazar la proposición del actor en cuanto a la terminación anormal del proceso, el que sólo responde a sus intereses personales, sin considerar que el resultado final perjudica el interés superior de L., quien fue desoída, resultando la única afectada por
los alcances de la resolución en crisis.

Le causa agravio el hecho que la Magistrada apartándose de los principios generales que rigen los procesos de familia, considere que la circunstancia de que la presente acción finalice bajo un modo anormal de terminar el proceso, no significa que a la menor 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, debido a que aquella tiene la facultad de impugnar el reconocimiento filial en cualquier momento.

Asevera que la Magistrada omitió asumir la responsabilidad que como representante del Estado le cabía en función de restituir a la niña en su derecho a la identidad y desplazamiento de un estado filial que no se corresponde con su realidad biológica, con su identidad y por los propios deseos y voluntad de la niña.

Afirma que la Jueza *a quo* soslayó la aplicación del principio del "interés superior del niño" en el caso concreto, al no tener en cuenta su opinión, el derecho a la identidad y la tutela judicial efectiva.

Considera que la *a quo* no tuvo en cuenta que sólo a partir del desplazamiento de ese estado de familia, ella podrá recobrar su verdadera identidad, estática y dinámica, permitiéndole a quien es su verdadero padre el reconocimiento.

Señala que la sentencia en crisis carece de motivación, lo que la torna manifiestamente arbitraria.

Destaca que no proseguir con el presente obligaría a L., a promover un nuevo proceso con idénticas partes y objeto, utilizando la prueba agregada en autos, contrariando de esa manera el principio de economía procesal y el de iura novit curia, pues la única variación que se produciría sería en cuanto al derecho aplicable y en definitiva se llegaría al mismo resultado.

La Sra. V., E., R., en representación de su hija L., contesta el traslado fs. 64/67 y a fs. 69/71 el Sr. M.

A fs. 78 luce agregada la audiencia celebrada ante este Excmo. Cuerpo con las partes.

II. Liminarmente debemos señalar que el Sr. M., en su presentación de fs.26 manifestó expresamente "Que vengo a desistir de la acción de nulidad de reconocimiento entablada, en los términos del art. 308 CPCC toda vez que la acción intentada no responde a mis intereses".

Tal petición merecía un requerimiento del Juzgado, toda vez que al expuesto desistimiento de la acción le siguió la norma que contiene al desistimiento del derecho. Más aún cuando la parte a fs. 28, dijo "el desistimiento del derecho de esta parte…". Véase por otro lado que fs. 40, se corrió traslado del desistimiento de la acción al Ministerio Público Fiscal.

Lo cierto es que si se trataba del desistimiento del derecho, la norma del art. 308 no requiere conformidad de la contraria, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo, sin que pueda promoverse en lo sucesivo otro proceso por el mismo objeto y causa.

En cuanto al desistimiento de la acción, declaración por la cual el actor comunica su decisión de abandonar la pretensión procesal y no al derecho alegado como fundamento, la norma procesal del art. 307 establece que cuando el actor lo hace con posterioridad a notificada la demanda, deberá darse traslado al demandado y en caso de oposición el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.

La distinción que nos hemos permitido reseñar, resulta necesaria porque medió en el trámite impreso a la presentación del actor una evidente confusión, en tanto el desistimiento fue considerado de la acción y fue sustanciado pero la incidencia culminó con una sentencia que admitió el desistimiento del derecho del Sr. M.

La incongruencia entre lo peticionado, asumiendo la propia confusión del peticionante y el trámite procesal cumplido y lo que en definitiva se resolvió, dejan a la sentencia en el límite de la nulidad, sin perjuicio de lo cual, esta Cámara asumirá la revisión de la sentencia dictada procurando dar respuesta a los agravios expuestos por la Asesoría de Menores.

Tampoco puede soslayarse, que la sentencia que admitió el desistimiento del derecho y no de la acción conforme fuera planteada liminarmente por el

Sr. M., no ha sido materia de recurso.

III. Se agravia la Asesora de Incapaces porque en la sentencia se admitió el desistimiento del derecho pretendido por el actor a fs. 26/28.

Como ya señalamos, el desistimiento del derecho constituye el acto en cuya virtud el actor declara su voluntad de abdicar el ejercicio del derecho invocado como fundamento de la pretensión.

En los procesos de familia, el desistimiento del derecho no es factible, en tanto aun cuando se trate de cuestiones patrimoniales, por ejemplo, en el caso de los alimentos, el derecho que le da origen es irrenunciable (Conf. Revista de Derecho Procesal, Modos Anormales de terminación del Proceso, 2012-1, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 348).

Las acciones de filiación son una especie de las acciones de estado de familia y estas pueden ser definidas como las que procuran obtener un pronunciamiento judicial para construir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar.

En las acciones de filiación lo que se persigue es establecer un vínculo que antes no había trascendido al plano jurídico o destruir un emplazamiento que no coincide con las realidad biológica.

El art. 576 del CCCN enuncia los caracteres de las acciones de filiación, de la siguiente manera: *"El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción"*.

Queda de este modo determinado que las acciones de filiación son imprescriptibles e irrenunciables.

Ello, por cuanto la identidad integra el núcleo central de los llamados derechos personalísimos del ser humano, y dicha identidad se constituye con una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí.

Los artículos 7 y 8 de la CDN consagran el derecho a la identidad personal de modo terminante.

Este derecho de identidad personal resulta trascendente en el estudio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en tanto el reconocimiento jurídico de la identidad personal comprende la protección de todas y cada una de las facetas del patrimonio biológico, psíquico y espiritual del hombre. Por todo ello es que el actor no puede desistir del derecho en este tipo de procesos. Aquí existe un interés superior que resguardar y proteger que es el derecho a la identidad de L., quien además solicitó en la audiencia que luce a fs. 35 su deseo de cambiar su apellido por el de su padre biológico.

IV. Resuelto lo anterior, tratándose de una cuestión de familia, teniendo en cuenta las deficiencias procesales enunciadas , la naturaleza del caso, como así también lo manifestado por las partes en la audiencia celebrada en este Organismo, ingresaremos a analizar si corresponde el desistimiento de la acción, que entendemos fue el objetivo del Sr. M., *" Es mi intención que sea mi hija quien de desearlo, inicie los juicios que estime pertinentes para conocer su origen y de considerarlo necesario realizar un desplazamiento filial".*

A diferencia de lo que ocurre con el desistimiento del derecho, el desistimiento de la acción es una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión del proceso incoado, pudiendo en otra oportunidad interponer nuevamente la misma.

Vale reiterar aquí, que debe diferenciarse el desistimiento antes y después de la notificación de la demanda. En el primer supuesto no corresponde requerir la conformidad de la parte contraria, siendo inexcusable dicho consentimiento para el segundo supuesto (Art. 307 CPCC).

Si bien la Magistrada de grado corrió traslado a la niña por el término de cinco días, y no hubo manifestación alguna por parte de ésta al respecto, no

puede dejar de soslayarse que se notificó al letrado patrocinante de la progenitora de la niña.

La Asesora de Familia e Incapaces a fs. 38/39, expresamente manifiesta que resulta improponible el desistimiento planteado por el actor. De esta manera, la representante de la niña, por los motivos que explaya en su libelo, se niega a que se haga lugar al desistimiento.

El art. 103 del C.C. y C. señala de manera precisa que la actuación del Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida puede ser de manera complementaria o principal. Refiere que es complementaria, en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. Es principal cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes, entre otros supuestos.

Esta representación tiene origen legal y es necesaria ya que está conformada por normas de carácter imperativo que acarrean nulidades si son soslayadas, y es doble ya que existe una actuación integrada entre el representante legal de la persona menor de edad, aquella con capacidad de ejercicio restringida o declarada excepcionalmente incapaz y la representación complementaria o principal del Ministerio Público. (Conf. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo- Sebastián Picasso "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Título Preliminar y Libro Primero, Tomo II (Arts. 52 a 138), Infojus, Pág. 210).

De ello se colige que encontrándonos dentro del ámbito judicial, frente al silencio de la madre de L., respecto el traslado que le fuera oportunamente corrido a la niña, la Asesoría de Familia e Incapaces al momento de expedirse y emitir su opinión no estuvo de acuerdo en que se haga lugar al

desistimiento, encontrándose plenamente facultada para actuar en representación de la menor y de sus derechos.

Por lo que, existiendo oposición de la parte, el desistimiento carece de eficacia, siendo directa consecuencia de ello la prosecución de la presente causa.

V. Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, y luego de la audiencia celebrada en esta instancia en la cual la niña dio cuenta de conocer el alcance de este proceso, esta Cámara no puede menos que exhortar a los adultos involucrados en la vida actual y futura de la niña a que sepan escuchar y respetar los deseos de L.,, toda vez que su angustia y preocupación no tienen que ver con un cambio de apellido y todo lo que ello puede generarle, sino que se fundan en que una adecuación a su

realidad biológica conlleve a perder el vínculo firme y establecido con el Sr. M., y sus hijos a quienes considera padre y hermanos respectivamente, como también a la familia ampliada de la que ha dado cuenta en la audiencia.

VI. Por otro lado, vislumbrando el conflicto de intereses existentes que se presentan en la cuestión aquí planteada y a fin de evitar cualquier tipo de vulneración a los derechos de L., es que se sugiere que, una vez que los presentes vuelvan a la instancia de origen se designe un abogado del niño para la menor.

VII. Las costas de esta instancia se imponen se imponen en el orden causado. (art. 69 2da parte CPCC). Los honorarios de las Abs. D., P., y E., D., P., M., por su actuación en esta instancia se fijan en 8

Jus a cada una (arts. 5, 6 bis, 7 de la ley arancelaria).
Por las consideraciones expuestas, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn

RESUELVE:

1) REVOCAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo nº 276/16, en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas por su orden (art. 69 2da parte CPCC).

3) REGULAR los honorarios de las Abs. D., P., y E., D., P., M., por su actuación en esta instancia en 8 Jus a cada una (arts. 5, 6 bis,

7 de la ley arancelaria).

4) REGISTRESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución del caso y encontrarse una vocalía vacante (Art. 7 y 8 Ley V N° 17).

Registrada bajo el Nº /2016 SIF.