Comodoro Rivadavia, de octubre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"O. D. M. c/ SUCESORES de B. A. R. s/ACCION DE FILIACION", Expte N° 387/2019,** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 978/2018) por haber interpuesto en forma conjunta actora y demandada a fs.84, recurso e apelación contra la sentencia de fs. 76/81vta.

I.- Las recurrentes en su memoria de fs.96/97, en el punto IV.-PRUEBAS, piden se produzcan la prueba testimonial declarada negligente en la instancia de grado y la prueba pericial de tipificación del ácido desoxirribonucleico (ADN).

Manifiestan que es indispensable para poder acreditar la filiación solicitada y ejercer el derecho a la verdadera identidad.

II.- La doctrina y la jurisprudencia, sostienen que procede la apertura a prueba en segunda instancia en el caso de accederse a la petición de replanteo respecto de medidas probatorias denegadas o declaradas caducas en primera instancia, con criterio restrictivo, pedido que debe ser fundado.

En este sentido se ha dicho que en la segunda instancia se excluye la posibilidad de introducir pruebas no ofrecidas ante el juez de grado o autorizar el replanteo indiscriminado de pruebas no producidas en la instancia inferior (Palacio-Alvarado Velloso. Cód Proc.Civil y Comercial de la Nación.Anotado jurisprudencialmente y comentado. Tomo 6°. Págs. 376 y ss. Ed Rubinzal Culzoni).

La actora en su demanda ofreció las siguientes pruebas: documental, pericial a los fines se designe un

perito genetista, testimonial de los Sres. H. E. B., J. A. B. y M. P., y confesional de los demandados.

A fs. 30, comparecen los demandados y se allanan a la demanda.

A fs. 35, la Asesora de Familia contesta la vista conferida.

A fs. 37/38, la magistrada ordena la producción de prueba pericial de tipificación del ácido desoxirribonucleico (ADN) como diligencia preliminar, antes de abrir a prueba la causa.

Las partes apelan la decisión, elevada la causa a esta Alzada, se corre vista a la Asesora de Familia que contesta a fs.46/47.

Este tribunal dicta sentencia interlocutoria nº225/2018 que hace lugar al recurso de apelación, revoca la sentencia de grado y ordena proveer las pruebas ofrecidas por la actora.

Devueltos los autos a origen, a fs. 55 se abre la causa a prueba.

A fs.55 bis, la actora ofrece prueba testimonial de las personas H. E. B., J. A. B. y M. P. y prueba confesional de los demandados.

A fs. 59, M. D. B. toma participación y ratifica todo lo actuado.

A fs.62/63, la magistrada provee la prueba ofrecida por la actora. En relación a la prueba pericial dispone que se esté a lo resuelto por la Cámara de Apelaciones y, respecto de la testimonial fija fecha de audiencia.

A fs. 64 y 65, se glosan las cédulas de notificación de los testigos J. A. B. y H. E. B. sin diligenciar

atento que los destinatarios no viven en los domicilios reales consignados.

A fs. 68, se agrega el pliego de interrogatorio de testigos presentado por la actora.

A fs. 71, informa la Actuaria sobre la prueba producida y agregada a la causa.

A fs.75/75vta. se realiza audiencia de vista de causa y se produce la prueba testimonial del Sr. E. M. P. y se declara la negligencia de la prueba testimonial de J. A. B. y H. E. B..

III.- La reseña realizada demuestra la desidia de la recurrente en producir la prueba testimonial de los testigos J. A. B. y H. E. B., atento que, luego de fracasada la notificación de la audiencia a fs.64 y a fs. 65, no instó una nueva notificación en tiempo y forma. Los Sres. B. no se presentaron a la audiencia fijada, motivo por el que se declaró negligente la prueba testimonial no habiendo la parte interesada formulado objeción o reserva alguna.

La actora no demuestra la ausencia de desidia o desinterés manifiesto en la producción de la misma, por lo tanto, corresponde rechazar el replanteo de la prueba testimonial requerida.

En relación a la prueba pericial ofrecida al interponer demanda, atento las constancias del presente cabe realizar las siguientes consideraciones.

La sentencia dictada por este tribunal a fs.50/51, hizo lugar al recurso de ambas partes y revocó la decisión de la magistrada de producir prueba pericial de ADN como medida preliminar desechando la prueba ofrecida por la parte interesada sin brindar razones suficientes, atento que, alegada la posesión del estado de hija,

circunstancia que puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 584 CCyCom).

Reparase que las medidas preliminares son diligencias requeridas por las partes que tramitan antes de la promoción del proceso y tienden a preparar el proceso o conservar cierto elemento, con base en estas razones no correspondía el diligenciamiento de esa prueba como preliminar; es decir del modo dispuesto por la magistrada.

La decisión no sostuvo la improcedencia o sobreabundancia de la prueba, correspondía su producción en primera instancia máxime en el caso de insuficiencia probatoria o de duda, teniendo en cuenta que el art.579 CCyCom. habilita que se decrete de oficio y que el principio de tutela judicial efectiva así lo exige.

Conforme lo expuesto, teniendo en cuenta que corresponde priorizar la verdad material y en el caso especial, la verdad de los lazos biológicos, corresponde hacer lugar a la producción de la prueba genética solicitada por las partes.

Ahora, teniendo en cuenta que se trata de prueba genética en relación al causante ya fallecido, antes de proveer la prueba pericial requerida a fs. 97, deberán las oferentes precisar las personas a las que se hará dicha prueba, modo de realizar la misma, material genético o, en su caso, si se requiere exhumación del cadáver del presunto progenitor (art. 580 CCyCom), dentro del plazo de diez días de notificadas.

IV.- Atento el modo en que se resuelve no se imponen costas ni se regulan honorarios.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E :

1°) Rechazar la apertura a prueba en segunda instancia de la prueba testimonial solicitada por las partes a fs.97.

2°) Hacer lugar al pedido de producción de prueba pericial genética debiendo las oferentes informar al tribunal las personas a las que se hará dicha prueba, modo de realizar la misma, material genético o, en su caso, si se requiere exhumación del cadáver del presunto progenitor (art. 580 CCyCom), dentro del plazo de diez días de notificadas.

3°) Sin costas y sin honorarios.

4°) Regístrese, notifíquese.-

Julio A. ALEXANDRE **Fernando NAHUELANCA**

JUEZ de CAMARA **PRESIDENTE**

Silvia Noemí ALONSO

JUEZ de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2019

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS