000108/2020

Comodoro Rivadavia, agosto de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA DE FAMILIA (B.M.) s/ MEDIDA DE PROTECCIÓN" Expte. N° 108/2020,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 1 (Expte. N° 244/2020).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto el Sr. J. A. U., recurso de apelación contra la resolución dictada el 24/04/20 que fijó en pesos ocho mil ($8.000) la suma provisoria que en concepto de asistencia alimentaria debe abonar en favor de la niña M. B., hasta tanto se cuente con el resultado de ADN que descarte su paternidad.

En su memorial, precisó como primer agravio que la sentenciante parte de una presunción que es contradictoria en sí misma y que descalifica la resolución en los términos del art. 169 de la Constitución Provincial, y condiciona a esa pauta, la aplicación de dos derechos, por un lado, el alimentario y por el otro, el derecho a comunicación y contacto.

Entendió que para peticionar un régimen de contacto con su presunta hija, hay que estar al resultado del análisis de ADN pero fijó una cuota provisoria de alimentos hasta que se descarte su paternidad.

Expone que el art. 664 del CCCN es claro al determinar que los alimentos provisorios corresponden siempre que se pruebe sumariamente el vínculo filial que uniría a la niña al presunto progenitor. Y que dicho requisito se cumpliría al haber expresado su parte que mantuvo encuentros íntimos con la progenitora, que si bien fue ratificado por la misma, también expuso que sostuvo encuentros sexuales con diferentes hombres, por lo que la probabilidad de que exista vínculo de ADN entre su parte y los diferentes hombres con la niña, es idéntica.

Relata que obró de buena fe al tomar participación en el expediente para despejar la duda que existía en relación al nexo genético y en consecuencia revertir la declaración de adoptabilidad y asumir los cuidados y esa situación fue utilizada por la jueza en forma arbitraria y discriminatoria, en relación a otros sujetos que se encuentran en la misma situación a la suya.

Como segundo agravio se queja de que se haya fijado la cuota alimentaria con un halo de definitividad, pues su indeterminación temporal y la ausencia de fundamentos que acrediten la urgente necesidad de cubrir gastos, la transforma en una auténtica cuota alimentaria carente de fuente. La ausencia de vínculo filial implica inexistencia de responsabilidad parental, por lo que la resolución se aparta del art. 204 CPr.

Destaca que, si bien no desconoce la facultad de la magistrada de determinar de oficio una cuota alimentaria dentro de un proceso como el de autos, primero se debe hacer un análisis y valoración de las distintas circunstancias y elementos obrantes en la causa.

Por último y como tercer agravio atacó el monto de la cuota fijada por considerarlo excesivamente alto, carente de sustento probatorio, desproporcionado y alejado de su realidad, pues se encuentra sin empleo y convive con sus padres y un hermano. La impotencia patrimonial no solo se traduce en una dificultad diaria para hacer frente a sus propias necesidades, sino también a las de su hija Z. V., quien reside en la ciudad e Catamarca junto a su progenitora.

Entendió que el importe de la cuota fija es arbitrario por no responder a ningún parámetro para su determinación, y sin apoyatura en elemento de convicción alguno, ni haberse efectuado un razonamiento que permita tener a dicha suma como adecuada a la realidad del alimentante.

Peticionó se haga lugar al recurso de apelación y se revoque parcialmente la resolución atacada en cuanto fuere materia de agravio.

Corrido traslado de ley, fue contestado por la progenitora, quien manifestó que debido a la incertidumbre que rodea al estado de filiación paterna de su hija, no requirió la determinación judicial de una cuota alimentaria en beneficio de la misma, ni era su intención hacerlo hasta tanto pudiera determinarse si el recurrente es o no el progenitor de la niña. Que existe la posibilidad de que C. F. T., sea el progenitor.

La Sra. Asesora de Familia, solicita se libre oficio al Cuerpo Médico Forense a fin de que se proceda a fijar día y hora para la obtención de las muestras de ADN y consideró que se debe disponer que el Sr. T. contribuya también al pago de la cuota alimentaria fijada a favor de la niña, estableciendo que cada uno de los posibles progenitores abone la suma mensual de pesos cuatro mil ($4.000).

II.- De lo actuado en autos, surge que la Sra. Asesora de Familia, el 03/04/20, peticionó medida cautelar en representación de la niña M. B. nacida el día primero del mismo mes, por haber manifestado su progenitora su decisión de darla en adopción y posteriormente se dispuso su integración provisoria en un núcleo familiar alternativo.

El 17/04/20 compareció al proceso el Sr. J. A. U. y peticionó la realización de prueba biológica de ADN, con el fin de confirmar o descartar su paternidad respecto de la niña, y en el supuesto de ser positivo se integre a la misma su núcleo familiar con ejercicio exclusivo de los cuidados personales. Reconoce que en el mes de junio mantuvo encuentros íntimos con la progenitora Sra. M. N. B.

El 21/04/20 el Equipo Técnico Interdisciplinario remite informe, del que surge –en lo que aquí interesa- que antes de usurpar la vivienda que habita, la Sra. M.

N. B. alquilaba una casa y ante la deuda por el inmueble, sostuvo una serie de encuentros sexuales con diferentes hombres, sin compromiso afectivo, al sólo efecto de concretar intercambio de servicios sexuales por dinero. De esta experiencia y con esas características fue la relación que la unió con el Sr. U., y el embarazo de la niña M.

El 24 de abril se tuvo por rectificada la decisión de la Sra. B. de dar en adopción a su hija, se ordenó su integración en el domicilio materno y se fijó en pesos ocho mil ($8000), la asistencia alimentaria que debe abonar el Sr. U. a favor de la niña M. B.

Contra dicha resolución el recurrente interpuso recurso de apelación conforme los agravios precisados en el punto I precedente.

La Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida en esta instancia y por las consideraciones que expone, considera se debe rechazar el recurso de apelación interpuesto.

III.- El recurrente, dice que la decisión de imponerle el pago de asistencia alimentaria hasta tanto se cuente con el resultado del Análisis de ADN es contradictoria toda vez que condiciona su legitimación para peticionar un régimen de contacto con su presunta hija al resultado del ADN y sin embargo fija una cuota en concepto de alimentos hasta tanto se cuente con tal resultado. Luego se agravia de la procedencia de la cuota y su cuantía. No advierte la verosimilitud en el derecho y la urgencia que justifiquen la cuota dispuesta.

Las constancias de la causa dan cuenta que M. N. B. manifestó su decisión de dar en adopción a la niña nacida el 1/4/2020 razón por la cual la Asesora promovió la presente medida de protección a fin que se de intervención al SPD para que proponga un núcleo familiar alternativo para integrar a la niña. Así fue dispuesto.

El día 17/4 tomó participación el aquí recurrente. Manifestó que mantuvo varios encuentros íntimos con la Sra. B. desde que se conocieron en el mes de junio de 2019 sin el uso de métodos anticonceptivos, por ello, peticionó la realización de una prueba biológica de ADN a fin que, en caso de arrojar resultado positivo se decrete la inmediata integración de la niña a su núcleo familiar y se disponga el ejercicio exclusivo de los cuidados personales. Asimismo dijo que si la madre mantuviera su decisión de renunciar a la responsabilidad parental disponga su privación.

Con posterioridad a ello y conforme surge del informe del ETI de fecha 21/4/2020 en el que se describe la situación que llevó a la Sra. B. a entregan a su hija en adopción: principalmente la precaria situación socioeconómica por condiciones habitacionales e ingresos económicos limitados, la existencia de otros 4 hijos menores que conviven con ella, la separación del padre de sus tres hijos menores y la función materna afectada por el desgaste de la crianza de manera exclusiva y con tales limitaciones materiales.

También se informa que a raíz del proceso que atravesara la Sra. B., con el acompañamiento del SPD mediante un dispositivo de fortalecimiento del ejercicio de la función materna y su adherencia a las indicaciones de los agentes externos fue ubicando a la niña recién nacida en el lugar de hija y manifestó su deseo de integrar a la niña M. a su núcleo familiar. Asimismo se recabo que de dar positivo el correspondiente examen que revele la paternidad respecto de U., no existen indicadores de obstrucción de una posible vinculación.

Por todas esas razones, la Asesora consideró que debía hacerse lugar al reintegro de M. junto a su madre, y solicitó que el recurrente abone una cuota alimentaria de $8000 por el término de tres meses o hasta tanto la prueba de ADN arroje un resultado que descarte su paternidad.

Frente a ello, la jueza tuvo por rectificada la voluntad de dar en adopción a la niña y ordeno su integración al domicilio materno.

Dijo que para tener por acreditada la legitimación del recurrente para solicitar la integración de la niña en su núcleo familiar y disponer el ejercicio exclusivo de los cuidados parentales debía estarse al resultado de la prueba de ADN y en atención a lo solicitado por la Sra. Asesora fijó la suma de $8000 provisoriamente en concepto de asistencia alimentaria que deberá abonar el Sr. U. a favor de la niña hasta tanto se cuente con el resultado de ADN.

Tal decisión motivó el recurso que viene en tratamiento.

Surge también de las constancias de la causa, la Sra. B., manifestó que no era su intención requerir cuota alimentaria en beneficio de M. hasta tanto se pueda determinar la paternidad y que también existía la posibilidad de que el Sr T. –de quien suministro el número telefónico y domicilio- fuera el progenitor de la niña. La letrada de la Sra. B. se puso en contacto con el mencionado quien le habría manifestado su disposición para someterse a la prueba biológica.

Frente a ello, la Sra. Asesora, consideró que hasta tanto se determine la paternidad de la niña. El Sr. T. deberá contribuir en un 50% al pago de la cuota alimentaria.

La producción de la prueba biológica esta ordenada y conforme surge de las constancias del sistema de gestión LIBRA (presentaciones del Dr. C. D. A. ID 56552 y 58441 y proveído del 17/7/2020, la contestación del CMF por nota del día 27/6/2020) se está tramitando su producción.

El fundamento de la fijación de alimentos provisorios del hijo no reconocido es el art. 664 del CCyCN que receptó los avances doctrinales y jurisprudenciales que desde largo tiempo antes reclamaban la armonización de las cuestiones que involucran los alimentos a los hijos menores desde una perspectiva centrada en la consolidación de la doctrina internacional de derechos humanos (Grosman y Herrera, "Un fallo que actualiza el debate sobre la díada alimentos a los hijos y derechos humanos" LNC 2007/6/477 en comentario al fallo dictado por la CCiv.Com Familia y Cont. Adm. Villa M. del 6/10/2006).

De allí que para resolver este recurso – como en todos los casos- por las particularidades exhibidas, deben atenderse además del dispositivo legal específico, los principios generales que emanan del sistema nacional e internacional de los Derechos Humanos y conforme su perspectiva.

Y desde tal análisis, los agravios no merecen recepción.

La facultad de solicitar y fijar alimentos provisorios en el marco del juicio de filiación y aun antes si se acredita la verosimilitud en el derecho, responden a la manda constitucional de protección del niño (CIDN, arts. 1 y 2Ley 20061, Ley II-21 DPCH), de la familia (arts. 14 bis CN., 6 de la CIDH; 16, 17 del Pacto de San Jose de Costa Rica y 23 PIDESC) y el acceso a la justicia como una recurso efectivo concedido a toda persona que pueda hacer valer sus derechos y denunciar la vulneración de los mismos (art. 18 DDDH, arts. 8 y 10 de la DUDH y 2 y 14 del PIDESC).

En el caso la verosimilitud en el derecho está suficientemente acreditada con el propio relato del recurrente, admitido también por la madre de M. y que surge de los informes obrantes. La sola admisión del Sr. U. de haber mantenido encuentros íntimos sin emplear

métodos anticonceptivos, aporta el mínimo convicción necesaria y suficiente sobre la filiación invocada.

La pauta del interés superior del niño es la que anima y preside todas las decisiones que se adopten a su respecto, de manera que no es posible desconocer tal manifestación del recurrente para revertir la decisión recurrida.

Siendo ello así, y tratándose de un derecho humano y de un niño con las sabidas implicancias, no cabe exigir más aportes sobre la verosimilitud del derecho y no la disminuye la circunstancia también reconocida, de haber mantenido relaciones íntimas con otras personas.

Pues la condición única y esencial para hacer lugar al pedido de alimentos provisorios es demostrar que el derecho es verosímil, aun antes de la reforma del Código Civil (CNCiv. Sala C, 29/4/88; Sala E LL 1984-A-463; Sala F 29/4/1988 R. 36.278; Sala H, 28/2/1992, ED 148-437 y sala A, 27/10/88, ED 133-783).

Entre las condiciones para que proceda la fijación de alimentos provisorios al hijo no reconocido propuestas por el Primer encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, realizado Buenos Aires, se encuentra justamente la existencia de relaciones íntimas entre el presunto padre y la madre durante el periodo de la concepción (Marisa Herrera, en glosa al art. 664 en Código Civil y Comercial de la Nación" dir. por Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015 T IV p 424).

La verosimilitud del derecho respecto de U. es clara y deviene de su propia manifestación viabilizando la fijación de la cuota provisoria.

Tampoco es admisible la pérdida de logicidad que le achaca a la resolución por no tener por acreditada aun la legitimación para peticionar un régimen de contacto. En primer lugar, porque no fue objeto de petición el régimen de contacto sino la integración a

su núcleo familiar y el ejercicio exclusivo de cuidado personales y ello, antes que la Sra. B. rectificara su decisión de dar en adopción a la pequeña M.

Pero además, el pedido de alimentos provisorios del hijo no reconocido, tiene una naturaleza específica, con notas propias de medidas cautelares y de adelanto de jurisdicción como especie de proceso urgente.

Y en tal sentido, no participa del carácter instrumental de una medida cautelar "pura" porque su finalidad no es hacer eficaz la sentencia de filiación ni asegurar eventuales resultados de un proceso principal como sería el régimen de contacto con el hijo.

Se trata de anticipar provisoriamente los alimentos que el presunto padre debe al niño fundado en la existencia de nexo biológico probado prima facie conforme se dijo, y tiende a brindar satisfacción a una necesidad de naturaleza urgente que, no admite debate ni oposición del obligado al pago.

Es el sistema legal, el que asume el riesgo de que la demanda de filiación resulte rechazada con posterioridad, pues la protección del niño prima frente a un posible e hipotético daño patrimonial para el demandado.

Por estas mismas razones, tampoco es admisible la queja relativa al monto de la cuota, pues no se está frente a un reclamo de alimentos, en el que debe tenerse en cuenta la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentado, sino se considera una cuota que resulte necesaria para los requerimientos esenciales, y el monto fijado conforme lo solicitado por la Sra. Asesora de $8.000 luce más que razonable a tales fines.

Todas estas razones son suficientes para confirmar la procedencia de la fijación de la cuota y desechar los agravios expresados.

No obstante, en el lineamiento del razonamiento expuesto, existe también verosimilitud respecto T. por

la propia indicación de la progenitora y la respuesta por él brindada y que manifestara por la Dra. R. de someterse a la prueba biológica, reconociendo entonces el mantenimiento de relaciones íntimas (ver presentación del 10/6/2020 ID de la Dra. R.).

Si bien, en puridad, la desconsideración de tal extremo no integró el objeto del recurso, pues no resultaba un hecho manifestado al momento de fijarse la cuota provisoria, no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia directriz establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, debiendo 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) seguida invariablemente por esta Alzada.

Y es por esta razón que tal hecho nuevo denunciado, no puede soslayarse en pos de mantener la igualdad de los presuntos padres en el proceso y ampliar la protección de la niña, habiendo solicitado la madre que se obtengan muestras biológicas de los señores J. A. U. y C. F. T.

La verosimilitud del vínculo biológico es idéntico para ambos teniendo en consideración que ambos en forma expresa o implícita han reconocido las relaciones íntimas con la madre de la niña resulta idéntica.

Por ello, y en consonancia con lo propuesto por la Sra. Asesora en el escrito presentado el 22/6/2020 ID 40376 y los principios generales que informan a los procesos de familia contenidos en el art. 706 inc. a) y c) y 709 del CCyCN, la cuota de $8.000 fijada en la primera instancia deberá ser soportada por partes iguales por el Sr. J. A. U. y C. F. T.

El recurso debe rechazarse y por las razones dadas modificarse el monto de la cuota que deberá soportar el recurrente, disponiendo que el Sr. C. F. T. deberá aportar la suma de $4.000 como cuota provisoria a favor de la niña M. B. hasta tanto se cuente con el resultado de ADN que confirme o descarte la paternidad respecto de la niña.

Las costas de esta instancia y la regulación de los honorarios, en atención a como se decide y a la circunstancia de encontrarse pendiente la realización de la prueba biológica, deben diferirse.

En este estado, el Dr. Hayes dijo:

IV.- Sintetizados los antecedentes del caso en los puntos I y II del voto mayoritario, e ingresando a la revisión propuesta, debo destacar que el art. 586 del Código Civil y Comercial faculta al juez a fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes, de conformidad con lo establecido en las previsiones generales sobre el tema.

La cuota alimentaria está dirigida exclusivamente a cubrir gastos imprescindibles, y se fija con un conocimiento apenas superficial del marco fáctico.

Por su parte, el art. 664 del ordenamiento citado reconoce que el hijo extramatrimonial no reconocido, tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado, carga que pesa sobre la accionante.

Ahora bien, de las constancias del presente proceso, surge que la solicitud de alimentos provisorios fue efectuada por la Sra. Asesora de Familia y se fijó contra el recurrente, quien tomó participación en autos a efectos de peticionar la realización de una prueba biológica con la niña, a fin de confirmar o descartar su paternidad.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional calificó esta medida como cautelar, con la consiguiente

exigencia de los requisitos verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Este último surge de la misma naturaleza del derecho alimentario; mientras que el primero constituye el punto crítico para evaluar la procedencia o no de la fijación de una cuota alimentaria a cargo del progenitor alegado y se traduce como la probabilidad de la filiación invocada (J. Alterini: "Código Civil y Comercial comentado, T II, p. 914 en comentario al art. 664, La Ley 2016).

Si bien la funcionaria actuante consideró en su petición que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, de las propias manifestaciones vertidas por la progenitora en las entrevistas que le realizaron y al contestar el traslado del recurso interpuesto, se advierte que no surge la verosimilitud del vínculo con el recurrente, que en grado de convicción permitan acceder a la fijación de alimentos provisorios.

Por los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la suma provisoria fijada en concepto de asistencia alimentaria.

V.- Las costas de esta instancia, atento la naturaleza de la cuestión debatida, se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr.). A los fines de la regulación de honorarios del incidente se tendrá en cuenta el resultado obtenido, la trascendencia y eficacia de la labor profesional desarrollada en función de los porcentuales y mínimos previstos por el art. 32 y pautas del art. 13 de la Ley XIII-4.

Por ello, oída la señora Asesora de Familia y con la disidencia del Dr. Hayes, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y, por los fundamentos expuestos, disponer que la cuota

de alimentos provisorios fijada en la suma de $ 8.000 deberá ser soportada, en partes iguales, por los señores J. A. U. y C. F. T.

2) Diferir la imposición de las costas y la regulación de los honorarios.

3) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

Marcelo A. Nicótera
Secretario de Cámara