

En la Ciudad de Mendoza, a los veintitrés días de Noviembre de 2.015, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones de Familia, los Sres. Jueces Carla Zanichelli, Estela Politino y Germán Ferrer, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 486/13 cartatulada “L. J. C/ N. P. Y L. I. O. P/ IMPUGNACION PATERNIDAD. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL”, originarios del Primer Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 210 y 212 por los demandados L. I. O. y N. P. respectivamente en contra de la sentencia de fs. 199/208 por la que se hace lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil formulado por el Sr. J. L. y en consecuencia se le reconoce legitimación para impugnar la filiación matrimonial paterna de la niña L. G. M. P. O.; se hace lugar a la impugnación de la filiación matrimonial paterna de la menor y se la emplaza a la misma en el estado de hija extramatrimonial del Sr. J. L.; y se exime de costas y honorarios.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 341, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Zanichelli, Politino y Ferrer.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, plantéaronse las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA: Costas.-

SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. CARLA ZANI-CHELLI DIJO:

1. En contra de la sentencia recaída a fs. 199/208 apelan los demandados a fs. 210 y 212.

La Juez que nos precedió en el juzgamiento se fundó en los siguientes argumentos: conforme al art. 259 del Código Civil el padre biológico no se encuentra legitimado para accionar por impugnación de la paternidad matrimonial; que se enrola en la tesis que sostiene la inconstitucionalidad de la norma referida por cuanto estima que debe protegerse en sumo grado la verdad y que cuando ésta se encuentra ligada a la identidad, el nombre, las relaciones familiares de una persona determinada no puede aprobarse otros fundamentos que se vinculen con el accionar de sujetos que no son esa única e irrepetible persona; que un individuo debe saber con certeza de donde viene, debe conocer la identidad de quienes le dieron la vida, más allá de la moralidad de la relación existente entre ese hombre y esa mujer; que ese conocimiento debe ser a la menor edad posible del hijo para evitar los graves perjuicios psicológicos y existenciales que provoca su desconocimiento; que en el derecho argentino luego de la sanción

de la ley 23.264 se ha receptado el principio de la verdad biológica; que otorgar legitimación para accionar no significa dar razón a la acción instaurada sino que para ello se abre el proceso ordinario de las acciones de estado relativas a la filiación y serán los hechos alegados y las pruebas producidas las que definirán el resultado de la cuestión; que la postura que protege de una manera más eficaz todos los valores en juego es aquella que sostiene que la falta de legitimación activa del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial es inconstitucional; que ante la incomparecencia de los demandados a la realización del examen biológico, opera la presunción contenida en el art. 4 de la ley 23.511; que las pruebas rendidas, en especial confesional y testimonial, y la más absoluta falta de colaboración de los demandados, la convencen profundamente de la veracidad de la pretensión del actor; que adhiere a la postura que entiende que la actitud renuente debe interpretarse como una presunción que produce la inversión de la carga de la prueba por lo que la negativa a someterse a la prueba biológica es un hecho determinante, solución que también se ampara en la teoría de las cargas probatorias dinámicas; que el texto del art. 259 del Código Civil lleva a que la conducta de los padres, en cuanto a sus consecuencias, sea trasladada al hijo, pues si bien éste podrá impugnar la paternidad matrimonial, cuando lo haga ya habrá adquirido una identidad familiar con relación a su vínculo paterno-materno –filial existente y que no es lo mismo el esclarecimiento de la verdadera filiación de una persona en los primeros años de su vida a que lo haga luego de haber transcurrido muchos años; que considera prudente que los demandados recurran a asesoramiento psicológico para hacer conocer a la niña su nueva identidad y para incorporar ésta a su realidad vital sin destruir los lazos afectivos y familiares construidos en sus ocho años de vida junto a la familia P. O.

2- A fs. 221/223 expresan agravios los apelantes.

Se quejan por cuanto la sentencia hace lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil reconociendo legitimación al actor para impugnar la paternidad de la niña, siendo que en el caso se ha demostrado que el mismo no ha conferido a la misma el trato de hija, ya que la menor ha vivido desde que nació con su padre el Sr. N. P. Dicen sentirse agraviados al permitirse la irrupción del supuesto padre biológico.

Impugnan la presunción aplicada por la sentencia de grado referida a la negativa a someterse a la prueba biológica, por cuanto jamás se les notificó que debían concurrir al turno asignado a tal fin, bajo apercibimiento del art. 4° de la ley 23.511. Agregan que la negativa a

someterse a los exámenes biológicos es un indicio que solo sumado a otras pruebas autoriza al Juez a aplicar una presunción legal pero como todo indicio no puede ser aislado, en tanto que, en el caso, no se han producido medios de prueba que avalen dicha presunción.

Se agravan por cuanto la sentencia hace mención a una leyenda de la fotografía que glosa a fs. 3, siendo que en la misma no figura, por lo que valora una prueba que no ha sido acompañada, en tanto que no se merita la prueba adjuntada por su parte consistente en fotografías familiares que acreditan la posesión de estado de Luz con sus progenitores, hermanos, tíos, primos y toda la familia paterna y materna.

Se quejan de la falta de valoración de los siguientes elementos: la escucha de la niña, de la que surge la posesión de estado de sus progenitores; el dictamen de la Sra. Asesora de Menores, en el que se sugiere que la niña crezca y se desarrolle en un ambiente de paz y armonía sin que los derechos que invoca el accionante tengan la fuerza suficiente como para afectarla debiendo primar su interés superior; y la contestación del tutor ad litem quien solicita el rechazo de la acción.

Siguiendo la posición ecléctica de la doctrina en la materia, arguyen que en el caso el trato de hija por el marido de la madre es lo más beneficioso para la niña ya que el carácter matrimonial se encuentra amparado legalmente, existiendo una situación de hecho que es la posesión de estado que ostenta el marido de la madre: Agregan que la niña tiene en la actualidad 8 años y que desde nació está con su madre y el marido de esta última, quien es el padre según la normativa civil.

Alegan que la sentencia recurrida pretende desplazar a esta niña de esa situación de legitimidad y trasladarla al ámbito de la extramatrimonialidad, perdiendo vínculos jurídicos no solo con su padre sino también con todo el entorno familiar.

Sostienen que no se ha acreditado la existencia de un vínculo biológico entre el actor y L., ni se ha emplazado al demandado a concurrir a realizarse la prueba biológica bajo apercibimiento del art. 4 de la ley 23.511 y que tampoco existe posesión de estado del actor con la niña ni otros medios de prueba para presumir que la misma sea hija del accionante. En cambio, destacan, se ha acreditado fehacientemente que los demandados siempre estuvieron juntos, y que existe posesión de estado entre el Sr. P. y la niña.

3- Corrido traslado de la expresión de agravios, a fs. 227/231 contesta el demandante, quien solicita el rechazo del recurso promovido, por las razones que expone a las que me remito

en honor a la brevedad; y a fs. 239/241 contesta la Defensora Oficial en su carácter de tutora ad litem de la menor causante, quien solicita la realización de la prueba biológica y conforme a su resultado el rechazo o acogimiento del recurso.

4- A fs. 250 el Ministerio Pupilar se adhiere al ofrecimiento de prueba formulado por la tutora ad litem.

5- A fs. 255/256 se ordena la realización del examen biológico de histocompatibilidad al Sr. J. L. y a la menor L. G. por intermedio del Cuerpo Médico Forense.

6- A fs., 261 los demandados ponen de manifiesto su negativa a someter a la niña al examen ordenado.

7- A fs. 268 y luego a 303 se cita nuevamente a los accionados para la realización de la prueba bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511 y debidamente notificados no comparecen.

8- A fs. 339/440 dictamina el Ministerio Fiscal quien aconseja el rechazo del planteo de inconstitucionalidad perpetrado por el demandante, por los motivos que expone a los que también remito breviter causae,

9- Corresponde expedirme, en primer término, respeto del derecho aplicable, dada la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 cuyo Art. 1° sustituyó el Art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

Tal como lo afirma uno de los miembros de la Comisión redactora, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, los problemas de derecho transitorio se presentan cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas. Es decir la dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones in fieri, que no se agotan instantáneamente, sino que prolongan en el tiempo, o que su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o nacer, caen bajo el imperio de una norma, y en parte, o partes, al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, caen en otras (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ``La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes , pág. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015).

El art. 7 del C.C.C.N. el que reproduce el art. 3 del C.C. según la ley 17.711 (salvo en su párrafo final) establece que ``a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La doctrina siguiendo las enseñanzas de Rubier quien fuera el autor francés que inspirara la solución adoptada por el art. 3, si bien distingue la relación jurídica de la situación jurídica, sostiene que a ambas se les aplica el mismo régimen legal en lo que al derecho transitorio se refiere. Así se señala que la relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable; es un vínculo entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos, siendo las más frecuentes las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. En tanto que situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por la ley que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente, los poderes que de ella derivan con susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. No obstante la diferencia, en ambos casos la solución es la misma (cfr. Moisset de Espanés, ``La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio), pág. 39, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976; Borda, Guillermo, ``Efectos de la ley con relación al tiempo , ED 28-810; Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit., pág. 26).

Dos son los principios que deben primar en los temas de derecho transitorio: la casi absoluta irretroactividad de la ley y la aplicación inmediata de la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad que justamente impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos.

Moisset de Espanés, al referirse a la antigua normativa, arriba a las siguientes conclusiones: a) el primer párrafo del art. 3 establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias ``futuras de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos; b) el segundo párrafo del art. 3 consagra como principio básico la irretroactividad de la

ley; c) el principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas; d) los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al efecto inmediato (cfr. Moisset de Espanés, Luis, op. cit. pág 19).

Las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua ley, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, serán por ella reguladas.

Así la más calificada doctrina destaca que el régimen actual conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la reforma de la ley 17.711 consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (Conf. Rivera Julio Cesar Medina Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. I, (comentario al Art. 7° por Ernesto Solá). Edit. La Ley. Avellaneda (Pcia. de Bs.As.), 2014. pp. 77/78; Ghersi Weingarten. Directores. Código Civil y Comercial. T. I., Edit. Nova Tesis. Rosario (Pcia. de Santa Fe), 2014, pp. 34/40), reconociéndose que el tema que inicialmente causará mayores dificultades será el de su aplicación a los juicios en trámite, ya que su regulación emerge como insuficiente para evitar inconvenientes en el paso de una ley a otra, lo que no es una cuestión menor por su vinculación con la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas en trámite.

El problema, reiteramos, se presenta en el caso de las situaciones en curso de ejecución, como podría considerarse el caso de autos, en donde la sentencia impugnada desplaza del estado de hija matrimonial a la menor causante, emplazándola en el estado de hija extramatrimonial, situación jurídica ésta que no se encuentra agotada al día de la fecha.

Respecto de las situaciones jurídicas en curso de constitución, Moisset de Espanés las explica afirmando que antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos, aptos, para comenzar la gestación de una situación jurídica y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. En ese caso entiende que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumado íntegramente. ``En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, no es un

hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgársele de acuerdo a la ley vigente en el momento en que completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación (aut, cit. op. cit. pág. 23).

Se estima que en casos como el de autos en donde la cuestión a dilucidar se refiere a la determinación de la filiación de una persona, sin que haya recaído sentencia firme al respecto, se impone la aplicación inmediata de la nueva ley toda vez que estamos en presencia de una situación jurídica que no se ha consumido sino que, por el contrario, perdura en el tiempo.

‘La ley toma a la relación ya constituida...o a la situación...en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituir la (o sea, la situación o relación está *in fieri*), entonces rige la nueva ley (cfr. Moisset de Espanés, Luis ‘‘La irretroactividad de la ley y el efecto diferido en J.A. Doctrina 1972-819, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit. pág. 29).

Una ley es retroactiva, entonces, cuando se la aplica como si hubiese estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor. O sea, consiste en la posibilidad de que la aplicación de una norma afecte a un tiempo anterior o ya transcurrido, previo a su vigencia formal (Moisset de Espanés, Luis, La irretroactividad de la ley y el efecto diferido, en JA Doctrina 1972, pág. 819. LOPEZ OLACIREGUI, José M., Efectos de la ley con relación al tiempo. Abuso del derecho y lesión subjetiva, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, año X, n° 21, Julio/dic. 1968, pág. 74; MORELLO, Augusto M., Eficacia de la ley nueva en el tiempo, en Examen y crítica de la reforma del CC, La Plata, ed. Platense, 1971, t. 1 pág.60; LAVALLE COBO, Jorge, en Código Civil y leyes complementarias, t. I, Bs. As., Astrea, 1978, p. 25; C Fed. Sala II Civ. y Com. 26/5/70, ED 36 756.CSN 26/4/1995, LL 1996-A-204).

En el caso se plantea la inconstitucionalidad del art. 259 del antiguo Código Civil que solo confería legitimación para accionar por impugnación de la paternidad matrimonial al marido, o sus herederos, y al hijo, negándosela al presunto padre biológico.

En tanto el nuevo sistema expresamente confiere tal legitimación al presunto padre biológico al disponer en su art. 590 que “la acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo”.

En punto a este cambio legislativo se ha dicho que “se amplió la legitimación a la madre y al progenitor biológico (tercero) para impugnar la filiación presumida por la ley y para ejercerla en forma preventiva, lo que permite superar las discusiones doctrinarias relativas a la exclusión de aquéllos habiendo asumido el Código Civil y Comercial una postura amplia en orden a la legitimación que debe ser auscultada a la luz del límite impuesto al acogimiento de la pretensión impugnatoria cual es el interés superior del niño” (cfr. Fama, María Victoria, "Desplazamiento filial en el Proyecto de Código", La ley 26/02/2013 , 1, LL 2013-B , 633 ; cita Online: AR/DOC/5371/2012).

Habiendo sido derogada entonces, la norma declarada inconstitucional por el Juzgado de primera instancia, deviene inoficioso que este Tribunal se pronuncie sobre los agravios referidos a la constitucionalidad del art. 259, cuya vigencia ha fenecido en virtud del nuevo código.

En un caso de similares características la Corte Federal, recientemente resolvió que no correspondía analizar “los agravios vinculados con la constitucionalidad de la mencionada Ley 18248, cuya vigencia ha fenecido por imperativo legal, pues no se advierte interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (conf. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717). Que ello es así, pues la mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al momento no se encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido -a partir de los nuevos paradigmas del derecho- por el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 64, en sentido similar al propuesto por los actores y al criterio adoptado en la sentencia apelada, norma que guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos (arts. 10 y 20 del Código Civil y Comercial de la Nación). De ahí que también se conforme con el ordenamiento civil actual de nuestro país al que, en definitiva, debe sujetar su conducta el recurrente. Que sin perjuicio de ello, a la luz de la doctrina mencionada anteriormente, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia

objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 70 del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse (conf. Fallos: 327:1139)... Que dada la particular situación que se presentó en autos, no cabe pensar que la inscripción del menor ante el registro pertinente según las pautas establecidas por la norma hoy derogada, configure una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de la irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (Expte.: 06/08/2015, “D. L. P., V. G. y otro vs. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s. Amparo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Editorial: Rubinzal Culzoni).

Partiendo de la premisa que el accionante, quien invoca su calidad de padre biológico de la niña L. G. se encuentra legitimado para entablar la acción de impugnación de filiación matrimonial, corresponde expedirme respecto del resto de los agravios.

A tal fin merituaré en primer lugar el agravio referido a los efectos de la incomparecencia de los demandados al turno asignado a los fines de la realización de la prueba genética, y de acuerdo a su resultado analizaré el resto de la queja. en caso de ser ello necesario.

Decía el art. 253 del Código Civil que “en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de partes”

El régimen actual valoriza aún más esta prueba científica al establecer en su art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación que “en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente”.

Si bien la prueba genética es la más importante, no es el único elemento para definir el emplazamiento o desplazamiento del vínculo filial, puesto que de lo contrario ésta debería ser obligatoria ya que sería el único modo de alcanzar la verdad biológica en términos absolutos. Y esta no es la posición que se sigue en el nuevo Código. “Si se hiciera un orden de prelación sobre las pruebas en las acciones de filiación, éste sería el siguiente: 1) prueba genética; 2)

prueba genética de parientes; 3) negativa a someterse a la prueba genética y 4) otros medios de prueba (convivencia durante la concepción, posesión de estado, etc.) (cfr. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, su comentario al art. 579 en "Tratado de Derecho de Familia", Directoras Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tomo II, pág. 742, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2014).

En cuanto a los efectos de la negativa a someterse a la prueba genética, antes de la sanción de la ley 23.511 existían distintas posiciones: así para una tesis la negativa creaba un indicio contrario al oponente, debiendo ser corroborada por otro elemento probatorio por cuanto al ser un indicio no hacía plena prueba; otros la consideraban una sanción en contra del renuente, por lo cual era suficiente para arribar a una solución; en tanto que cierto sector, minoritario, consideraba que la ausencia de la prueba genética no permitía llegar a conocer la realidad por lo que sostenían la compulsividad de la prueba.

La referida ley, en su art. 4 dispuso que "cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta la experiencia y enseñanza científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente...".

En torno al valor que debía otorgarse a la negativa injustificada a someterse a la prueba genética, no existía coincidencia. Así para una posición dicha negativa constituía un indicio grave que sumado a otras pruebas creaban en el juez la convicción de que la pretensión era razonable (en esta corriente de opinión se encuentran, entre otros: MIZRAHI, Mauricio; La identidad filiatoria y las pruebas biológicas, Buenos Aires, Astrea, 2004 y La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511, en JA, 2004-II-1467; DI LELLA, Pedro; Paternidad y pruebas biológicas, Buenos Aires, Depalma, 1997; MÉNDEZ COSTA, María Josefa; Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente, en LL, 1989-E-569; ARSON DE GLINBERG, Gloria H.; El método de histocompatibilidad sanguínea (HLA). Certeza o probabilidad en la determinación positiva de la filiación, en LL, 1991-D-6; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L.; Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación, en LL, 1988-D-310; MEDINA, Graciela; Filiación. Negativa a realizar pruebas biogenéticas (el problema dentro del

marco del derecho constitucional civil y del derecho comparado), en JA, 1995— IV-340). Para otra testitura la norma contenía una verdadera presunción que invertía la carga de la prueba, pudiendo afirmarse que la negativa actuaba como medio de prueba suficiente si no se oponían otros elementos que demuestren lo contrario (en este sector se encuentran, entre otros: GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos; La negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, en LL, 1992-B-1196; GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene; La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264, en LL, 1986-D-935; SOLARI, Néstor E.; La actitud renuente al examen biológico como elemento de prueba, en LLC, 2006-919; DUTTO, Ricardo; El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas, en "Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia II", 2002-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 143 y sigtes.; AZPIRI, Jorge; Juicios de filiación y patria potestad, Buenos Aires, Hammurabi, 2001; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano, en ED, 153-928; KIELMANOVICH, Jorge L.; La negativa a someterse a pericias genéticas, en LL, 1988-E-810) ("El compromiso social por la búsqueda de la verdad permite exigir la realización de la prueba biológica en un proceso de filiación por naturaleza", Krasnow, Adriana N., LLBA 2008 (noviembre), 1074. AR/DOC/2965/2008).

El Código Civil y Comercial de la Nación considera a la postura reticente o negativa a llevar a cabo la prueba genética como un indicio grave contrario a la posición del renuente y no como una presunción, lo que ha motivado una serie de críticas por parte de la doctrina (ver, entre otros, SOLARI, Néstor E., "Los medios de prueba en el juicio de filiación. Normas previstas en el Proyecto de Código", DFyP año IV, n° 11, diciembre 2012, ps. 5 y ss.; FAMÁ, María Victoria, "La filiación por naturaleza en el Anteproyecto de Código Civil", JA, Número especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, p. 57 y ss.; de la misma autora, "Filiación", en RIVERA, Julio C. (dir.)- MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, p. 419 y ss.; AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP año 4, n° 6, julio de 2012, La Ley, p. 120 y ss.; ALESI, Martín, "Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDF n° 57, 2012, p. 240 y ss.; etc., autores citados por Famá, María Victoria, "La prueba genética en el Proyecto de Código", LA LEY 25/09/2013, 1 LA LEY 25/09/2013, 1, LA LEY 2013-E, 943, AR/DOC/3337/2013).

Si bien dentro de las normativas expresamente derogadas por el nuevo Código Civil y Comercial, no se encuentra la ley 23.511, de la que solo había sobrevivido a la reforma de la ley 26.548 el art. 4º referido, precisamente, el aspecto civil de la prueba de ADN; lo cierto es que esta última disposición que quedaba en pie ha sido tácitamente derogada por el art. 579 que regula de manera expresa, el valor de la negativa al sometimiento a la prueba genética en los procesos de filiación,; es decir, la misma materia de la que se ocupaba el mencionado art. 4º. En este contexto y considerando que “la ley posterior deroga a la anterior”, se puede afirmar que el art. 579 ha venido a derogar y modificar lo previsto en art. 4 de la ley 23.511 (cfr. Herrera Marisa y Lamm, Eleonora, op. cit., pág. 746 nota 421).

El nuevo Código sostiene que la negativa al sometimiento de la prueba genética, crea un indicio grave, y no un simple indicio como lo sostenía el régimen tácitamente derogado.

En cuanto a las concretas implicancias de estas diferencias en los textos legales, las comentaristas del código expresan que al constituir la negativa un indicio grave “no se necesita de manera obligatoria o como requisito sine qua non, otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación (postura semejante a la presunción); pero si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica, ella debe ser incorporada al proceso (postura semejante, o que tiene algún elemento, a la del indicio). En esta línea argumental, la presunción al hacer plena prueba del lazo biológico trae consigo un efecto no querido, un desentendimiento o relajo probatorio y, consigo, la consecuente orfandad en materia probatoria, siendo el único elemento con el que se cuenta la negativa del demandado, presunto padre biológico... El decirse que es grave y no un mero indicio es el elemento central para que en la práctica juegue como una presunción, pero con una consideración –tampoco menor- extra: la necesidad de adjuntar cualquier otra prueba tendiente a alcanzar la tan ansiada verdad biológica, y así lograr una postura más equilibrada y respetuosa de todos los derechos en juego que la propia presunción a secas” (Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, aut. cit. op. cit., pág. 761).

Más allá que en la práctica, al analizar las concretas constancias de un expediente en muchos casos será altamente dificultoso determinar si era o no necesario incorporar otras pruebas, esto es, si existía o no posibilidad de hacerlo, lo cierto es que en el caso, dicha discusión es inoficiosa por cuanto existen una serie de elementos probatorios que corroboran el

indicio derivado de la negativa a someterse al examen genético, conforme lo analizaré más adelante.

Este cuerpo tenía dicho, si bien en relación al art. 4 de ley 23.511 pero en conclusión aplicable igualmente a la normativa hoy vigente, que dicho artículo guarda estrecha relación con el respeto al derecho a la identidad que encuentra raigambre constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la C.N. (arts. 19 y cc. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 16 y cc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 18 y cc de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; Convención sobre los derechos del niño). La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política. Este conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, que perfilan el "ser uno mismo", el ser diferente a los otros, constituye, entonces la identidad personal (conf. Belforte, Eduardo A. y Zenere, Gisela G., "Derecho a la identidad", JA, 1997-I-843). Por lo tanto, el derecho a la identidad comprende: el derecho a conocer los orígenes u obtener información sobre la identidad genética, y el derecho a obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica denominada identidad filiatoria. Comprende, pues, una faz estática y una faz dinámica que hacen a la identidad de una persona.

El derecho a la identidad se relaciona, a su vez, con el derecho a la verdad; derecho a conocer su realidad biológica; el derecho a conocer su origen (identidad biológica) y que éste sea concordante con su estado filiatorio. El derecho a la verdad es un derecho implícitamente reconocido en la Constitución Nacional (artículo 33 de la CN).

Tanto el art. 4 de la ley 23.511 como el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación constituyen un dispositivo legal de persuasión, porque prevé una valoración de la negativa injustificada en contra de la posición del renuente.

Pero retomando el tema de los efectos de la negativa, los apelantes se agravan por cuanto, aducen que no fueron citados a tales fines bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511 por entonces vigente.

Para dilucidar la cuestión contenida en el agravio considero conveniente hacer referencia a las actuaciones cumplidas en la causa que tienen vinculación con la citación ordenada para la realización de la prueba genética y su notificación.

La primera citación al Cuerpo Médico Forense a los fines de la extracción de las muestras de material genético para el día 18/03/2010 fue ordenada a fs. 85 vta. mediante el decreto de fecha 9/12/2009 el que fue notificado a fs. 89 en el domicilio legal de los demandados, y a fs. 90 en su domicilio real. Dicha citación no contiene apercibimiento alguno. A fs. 93 luce el acta de audiencia en la que se da por fracasada la diligencia de prueba ante la incomparecencia de los demandados.

A fs. 172 en oportunidad de celebrarse la audiencia fijada a los fines de escuchar a la menor causante, el demandado, luego de explicarle la Sra. Asesora de Menores la importancia de que la niña conozca la verdad sobre sus orígenes y de la prueba genética a tales fines, accede en un primer momento a su realización, para luego, en el mismo acto, retractarse, manifestando que no “quiere exponer a su hija, que quiere esperar a que se su hija sea más grande”, por lo que fracasa el nuevo intento de llevar a cabo la prueba biológica.

Ya ante esta Alzada, y a pedido de la tutora ad litem de la niña, se dispone nuevamente se practique examen biológico de histocompatibilidad genética al accionante y a la menor L. G., resolución que es notificada a los demandados a fs. 257 en su domicilio legal. A fs. 261 éstos comparecen manifestando en forma expresa su negativa a que la niña sea sometida al examen biológico ordenado.

A fs. 268 se fija una nueva fecha para el día 10/12/2014 a fin de proceder a la extracción de muestras para la concreción de la prueba aludida, citando a las partes bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511. Esta providencia es notificada a los accionados a fs. 269 en el domicilio legal por ellos constituidos. Ante el fracaso de la diligencia de prueba, a fs. 303 se ordena una nueva citación para el día 24/04/2015 a los mismos fines y con idéntico apercibimiento, notificándose la misma al matrimonio P.-O. en su domicilio legal a fs. 304 y a fs. 316/317 en su domicilio real. La extracción de las muestras también se ve frustrada ante la incomparecencia de las partes, conforme da cuenta el informe del Cuerpo Médico Forense que glosa a fs. 334.

De los elementos antes detallados surge que la menor fue citada en la persona de sus representantes legales en cuatro oportunidades, sin que sus progenitores hayan justificado su inasistencia. Por el contrario, han manifestado su negativa expresa a tales fines.

Por lo demás, el argumento relativo a que no se los citó bajo el apercibimiento que luego aplica la sentenciante, carece de todo asidero, por cuanto, más allá que las leyes se reputan conocidas, sin que su ignorancia sirva de excusa para su cumplimiento (art. 8 C.C.y C.N), lo cierto es que ante esta alzada se les hizo saber en forma expresa que la citación lo era bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511 entonces vigente.

También resulta inatendible el agravio relativo a que la sentencia hizo lugar a la pretensión esgrimida en base a ese indicio aislado derivado de la falta de concurrencia a la realización de la prueba, ello por cuanto en el caso se ha rendido una serie de pruebas, conforme ya lo anticipara, que lo corroboran.

En efecto, los testimonios rendidos a fs. 107/108, 111/112, 113/114 y 115/116 son contestes en afirmar que durante el período que coincide con la concepción de L. G. su progenitora vivía, por razones de estudio, en San Luis, lugar donde reside el actor, manteniendo con el mismo una relación sentimental, comportándose en público como pareja (cfr. respuestas a las preguntas cuarta y quinta de fs. 107, fs. 111, fs. 113, y fs. 115).

También informan los testigos que al quedarse embarazada la Sra O., esta manifestaba que el progenitor de la criatura por nacer era el accionante quien a su vez se comportaba como padre (cfr. respuestas a la primera segunda y tercera ampliación de fs. 107 y vta.; segunda ampliación de fs. 109 y fs. 113); actitud que mantuvo durante los primeros tiempos de vida de la niña (cfr. respuestas a la tercera y cuarta ampliación de fs. 107 y vta; cuarta a séptima ampliación de fs. 109 y vta.; cuarta a séptima ampliación de fs. 111 y vta.; cuarta a séptima ampliación de fs. 113/vta y cuarta séptima ampliación de fs. 115 vta.).

Todos coinciden en el sentido que el Sr. L. durante los primeros años de vida frecuentaba a la niña comportándose como padre (algunos afirman que dicho contacto perduró hasta que la menor tenía un año y otros dos años).

Los demandados cuestionan la merituación de la prueba efectuada por la Juez a-quo, aduciendo que la sentencia se basa en la sola incomparecencia a la realización de la prueba biológica.

No le asiste razón por cuanto la sentencia no solo meritúa la renuencia al sometimiento de la prueba genética sino que también tiene en cuenta el resto del material probatorio: las testimoniales rendidas, la instrumental acompañada, la confesional de la Sra. O., y sin calificarlo así, el indicio derivado de la fecha de inscripción del nacimiento de la menor realizada cuando la misma tenía dos años y diez meses, luego de interpuesta la demanda que diera inicio al presente proceso.

En conclusión los demandados incomparecieron injustificadamente a la realización de la prueba biológica siendo aplicable el apercibimiento previsto por el art. 579 del C.C.y C.N. a lo que cabe agregar que en el caso se ha rendido prueba que acredita en forma acabada la relación sentimental que mantenía el accionante con la demandada O. en la época en que la niña fue concebida.

Ahora bien, los demandados se agravan en que resulta contrario al interés superior de L. G. desplazarla del estado de hija matrimonial de los Sres. Pérez Olguín para emplazarla en el estado de hija del demandante. Se quejan por cuanto la niña a la fecha de la presentación de fs. 221/223 ya cuenta con 8 años, habiéndose criado junto con sus dos hermanos.

La identidad personal es el conjunto de características, tanto estáticas (las que no varían en el tiempo como la clave genética, nombre, físico) como variables (se modifican a través del tiempo y expresan el patrimonio ideológico-cultural de cada persona, como la religión, creencia, actividad, carácter, inteligencia, esto es, la personalidad que se proyecta al exterior).

En el ámbito de la filiación por naturaleza el derecho a la identidad de una persona supone, en principio, coincidencia entre el emplazamiento filial y el vínculo biológico (vertiente estática), pero no puede ignorarse la socioafectividad que rodea al niño (vertiente dinámica). Noción acuñada por la doctrina brasileña, y definida como "el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo. La concurrencia del vínculo legal con la faz estática se observa con claridad en las acciones de reclamación en los supuestos en que no existe emplazamiento, por cuanto el objeto de la pretensión radica en la acreditación de la existencia del nexo biológico. Mientras que cuando se reclame filiación existiendo emplazamiento, el resultado de tal pretensión estará sujeto a las resultas de la remoción (previa o simultánea) de aquel estado. Y es allí, esto es en el ámbito de las acciones impugnativas cuando más fácilmente se podrá verificar la tensión entre las dos vertientes que conforman el derecho a la identidad

(cfr. Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia, "Daños en las relaciones de familia a la luz del desarrollo de la jurisprudencia constitucional", en "Máximos precedentes: responsabilidad civil", Dir. Lorenzetti, Ricardo Luis, vol. IV, Ed. La Ley, 1ª ed., Bs. As., pág 384).

Corresponde analizar si en el caso teniendo ya la niña un emplazamiento filial, corresponde acoger o no la pretensión deducida, puesto que en toda decisión que le concierna debe primar su interés superior, pilar fundamental sobre el que se estructuran los procesos en los que se encuentran en juego los derechos de los niños.

Entiendo que, a pesar que L. G. cuenta a la fecha de la presente resolución con 11 años de edad, habiendo transcurrido la mayor parte de su existencia como hija del matrimonio P.-O., corresponde hacerle saber su realidad biológica a la mayor brevedad posible, puesto que, de lo contrario, seguirá construyendo su identidad en base a una falsedad que no puede consolidarse a través del tiempo, siendo poco factible que los demandados ejerzan desde este aspecto su rol en forma responsable, teniendo en cuenta la conducta que han observado a lo largo del proceso.

No puedo pasar por alto que la causa fue iniciada cuando la niña aún no había cumplido los tres años; que fue inscripta como hija del matrimonio P.-O. luego de interpuesta la demanda; que los accionados se han negado sistemáticamente, incluso ante esta Alzada a que la menor sea sometida a la prueba genética; que la tramitación del proceso ha insumido más de ocho años. Los accionados tuvieron la oportunidad de revelarles a la niña su realidad biológica desde temprana edad y no lo hicieron tratando de dificultar en la medida de sus posibilidades el descubrimiento de la verdad.

Estimo que no corresponde avalar este ocultamiento a través del rechazo de la acción, sino que, por el contrario, acogiendo la misma debe contribuirse a que la niña crezca y se desarrolle sanamente.

No se soslaya que la familia P. O. deberá atravesar un difícil momento y que la tan ansiada "paz familiar" se verá amenazada cuando todos sus integrantes conozcan la verdadera identidad de la niña, incluida ella, que deberá afrontar, a su corta edad, una realidad que no es común vivir. No obstante, entiendo que su "superior interés" igualmente es que no permanezca con una identidad falsa.

Si bien L. G. podría en cualquier tiempo impugnar la paternidad, como lo afirman los recurrentes, advierto que su "interés superior" debe concretarse en tiempo presente,

precisamente mientras es niña, crece y se desarrolla. Es en este período de su vida en que debe formarse su verdadera identidad.

Por otra parte, si bien en el nuevo código se mantiene la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial, ello lo es al solo fin de la determinación de la filiación y de las acciones de impugnación de la paternidad, pero dicha distinción no puede ser interpretada en forma discriminatoria, como lo postulan los demandados, quienes aducen que la niña se encontrará en peor situación si es emplazada en el estado de hija extramatrimonial del accionante.

Uno de los cambios esenciales introducidos por la ley 23.264 fue la consagración expresa del principio de equiparación de las filiaciones (art. 240 del Código Civil), sosteniéndose no obstante, la clasificación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial. La subsistencia de las categorías legales en el nuevo Código responde a la necesidad de distinguir situaciones fácticas objetivas que justifican un tratamiento diferenciado en orden a la determinación o emplazamiento de la filiación: la presunción de la filiación del o la cónyuge como mecanismo idóneo para garantizar el inmediato emplazamiento filial del nacido, sólo es viable frente a la fecha cierta que confiere la celebración del matrimonio. La filiación que se produce al margen de una relación marital requiere, por el contrario, del reconocimiento como acto jurídico emplazatorio.

Sólo a tales fines se mantiene la diferenciación entre ambas filiaciones, pero ello no implica en modo alguno que un hijo extramatrimonial no deba ser considerado, en tanto sujeto de derecho, igual o de idéntica forma que el que nace en el seno de una familia matrimonial (arg. arts. 16 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2 de la Convención internacional sobre los derechos del niño).

Lo que se ha llamado la democratización del estado de hijo, supone que el ejercicio de los derechos ya reconocidos en un Estado, no pueda ser objeto de restricciones en virtud del nacimiento ni de ninguna otra condición.

Siendo ello así el argumento relativo a la distinción entre los dos tipos filiatorios, resulta a todas luces inatendible.

En conclusión, considero que en el caso la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés de la niña.

Por todo cuanto vengo exponiendo corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto.

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. Politino y Ferrer adhieren al voto que antecede

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. CARLA ZANICHELLI dijo:

Teniendo en cuenta el modo en que se resuelve el recurso, corresponde que las costas sean soportadas por los apelantes que resultan vencidos de conformidad con el principio objetivo de la derrota (arts. 35 y 36, apartado I, del C.P.C.).

También consideraremos que ambas partes actuaron en esta instancia asistidas por codefensoras oficiales y que corresponde regular sus honorarios cuando los mismos son a cargo de la contraparte, emolumentos que en tal caso tienen el destino señalado por el último inciso del art. 47 del C.P.C., conforme lo dispone el inciso IV del art. 97 del mismo cuerpo legal, de aplicación supletoria de la ley 6354, conforme art. 76y cc. de la misma.

Razón por la cual regularemos los honorarios de la codefensora que patrocinó al apelado, los que resultan a cargo de la parte contraria que resulta vencida en la contienda.

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. Ferrer y Politino adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 23 de Noviembre del 2.015.

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I) No hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos a fs. 210 y 212 en contra de la sentencia de fs. 199/208 la que se confirma en todas sus partes.

II) Imponer las costas a los apelantes.

III) Regular honorarios profesionales a la Dra. Mariela Paola Villach en la suma de pesos dos mil quinientos (\$2.500) (art. 10 y 15 de la ley 3641)

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE y bajen.

Dra. Carla Zanichelli
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara