

ACUERDO NRO. 28 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticinco (25) días de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores **OSCAR E. MASSEI** y **RICARDO T. KOHON**, con la intervención de la Subsecretaria Civil Dra. **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A.J.E. C/ M.M.A. S/IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN"** (Expte. N° 64205 - año 2014) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: A fs. 72/80, obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad -Sala I-, que confirma la de Primera Instancia (fs.36/37), en cuanto declara la falta de legitimación activa del Sr. J.E.A. para continuar en las presentes actuaciones y dispone el archivo.

Contra dicho decisorio, a fs. 84/108, el actor deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley (Artículo 15°, Inc. b) de la Ley 1.406).

A fs. 112/118 los co-demandados M.A.M. y E.I.M. contestan el traslado y solicitan el rechazo del recurso.

A fs.123/127 toma intervención el Defensor General, solicita se declare admisible el recurso y oportunamente se revoque la sentencia dictada por la

Cámara de Apelaciones y se ordene la prosecución de la causa en la instancia de grado.

Luego, a fs. 132/135, mediante Resolución Interlocutoria N° 73/2016, se declara la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto.

A fs.137/vta. y 139/140vta. dictaminan los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, respectivamente, quienes propician se declare procedente el recurso casatorio.

Firme la providencia de autos de fs.141, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada, el Dr. **OSCAR E.MASSEI** dice:

I. En primer lugar, realizaré una síntesis de los hechos relevantes de la causa.

1. A fs.3/4vta. el Sr. J.E.A. promueve demanda de impugnación de paternidad y reclamación de paternidad del niño A.I.M. Refiere que mantuvo una relación con la Sra. E.I.M. entre mayo de 2008 y abril de 2010, producto de la cual nació el niño. Solicita se realice prueba de ADN. Dirige su demanda contra la

progenitora y su cónyuge el Sr. M.A.M. quien reconoció al niño ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

2. A fs.11/12vta. la co-demandada E.I.M. se allana a la impugnación de paternidad, condicionado a la realización del estudio de ADN.

Confirma los hechos en cuanto a la relación que mantuvo con el actor. Expresa que está casada desde hace 20 años con el co-demandado M.A.M, que vive junto a su marido y sus cuatro hijos. Sostiene que en el año 2008 tuvieron una crisis matrimonial.

Refiere que se relacionó afectivamente con el Sr. J.E.A., que se encontraba alojado en la Unidad de Detención N°18 y que mantuvo contacto íntimo, la mayoría de las veces con protección.

Relata que en octubre de 2008 se entera que está embarazada y que como también mantenía relaciones íntimas con su esposo, no imaginó que el hijo podría ser de J.E.A.

Dice que luego del nacimiento del niño la relación con su esposo mejoró, sin perjuicio de lo cual conservó contacto con el Sr. E.J.A. quien le pidió conocer al niño porque pensaba que el hijo podría ser suyo.

Se allana a la producción de ADN, a fin de preservar el derecho a la identidad de su hijo, y solicita que una vez producido se determine el vínculo filiatorio paterno.

3. A fs. 20/22vta. el co-demandado M.A.M.-cónyuge de E.I.M- solicita que previo a todo se

determine la identidad biológica del menor A.M. Se allana a la producción de ADN. Expresa que si bien entiende que la acción estaría caduca en virtud del Art.263 C.C., se encuentra en juego el derecho a la identidad de su hijo y de la tutela judicial efectiva, que no puede negársele.

4. A fs. 23 el Juzgado da traslado del planteo de caducidad al actor, quien a fs.24/26 solicita el rechazo.

5. A fs. 28 la Dra. Mónica Amicone tutora *ad litem* entiende que se debe dar andamiaje a la acción, ya que es imperioso que el niño pueda conocer su realidad biológica a los fines de un crecimiento sano y armónico.

6. A fs. 30 la Dra. Lidia Romano, Defensora Adjunta de los Derechos del Niño, considera procedente se rechace el planteo de caducidad.

7. A fs.36/37 el 24/2/15 la Jueza de Primera Instancia afirma que el Art.263 del C.C. citado por el actor no es aplicable al caso, pues el desplazamiento que intenta realizar es respecto de una presunción matrimonial y se encuentra regida por el Art.243 CC.

En virtud de la aplicación de la norma citada, resuelve que el Sr. J.E.A. no tiene legitimación activa para iniciar el proceso.

Así, decide rechazar el planteo de caducidad deducido por el co-demandado A.M.M., declara la falta de legitimación activa del actor J.E.A. y dispone el archivo de las actuaciones.

8. A fs.38 y 40/45 el actor apela y plantea inconstitucionalidad del Art. 259 del Código Civil por transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva,

acceso a la justicia y derecho a la identidad, derechos consagrados en tratados internacionales con jerarquía constitucional.

9. A fs. 56/66 contesta la parte demandada Sr. M.A.M. y Sra. E.I.M., solicitando el rechazo del recurso deducido por la actora y la confirmación de lo resuelto en primera instancia.

10. A fs. 72/80, el 24/09/15, la Cámara por mayoría confirma lo resuelto en la Primera Instancia.

El Juez preopinante Dr. Jorge Pasquarelli sostiene que rige la ley vigente al momento del nacimiento (Art.7 del C.C. y C.) por lo que encuadra la acción en los Arts.243 y 259 CC. y que no puede volverse sobre la relación procesal que resultó constituida con la demandada y contestaciones.

Considera que el Art.259 del C.C. limita la legitimación para ejercer la acción de impugnación al marido y al hijo, por lo que desestima el recurso y señala que comparte lo expresado por la sentenciante de grado a fs.36vta.en cuanto a que debe prevalecer el interés superior de A.I.M., resguardando la estabilidad de la familia donde está insertado".

Asimismo rechaza la inconstitucionalidad del Art.259 del C.C. argumentando que el planteo fue introducido recién al momento de apelar, en términos genéricos y solo alegando con relación al menor, su derecho a la identidad.

Concluye que dado que el niño se encuentra emplazado como hijo dentro de la familia formada por la Sra. E.I.M. y el Sr. M.A.M. y posee tres hermanos, fruto

del mismo matrimonio, sumado a la edad del menor, considera que el interés superior conlleva su derecho a vivir en una familia estable de la cual forma parte.

Menciona que la Defensora *Ad litem* consintió el resolutorio y que la Defensora del Niño dictaminó considerándolo ajustado a derecho, por lo que entiende corresponde desestimar la apelación e imponer las costas de la Alzada por su orden.

En sentido diverso se expide la Jueza Dra. Cecilia Pamphile, quien enfatiza que la persona tiene el derecho constitucional de conocer la verdad sobre sus orígenes y quienes en realidad son sus progenitores y que es un derecho implícitamente tutelado por el Art.33 de la Constitución Nacional.

Analiza el derecho a la identidad en sus faces estática y dinámica.

Cita jurisprudencia de la S.C.J.B.A. y dice que se trata de que la verdad no sea ocultada, ni la biografía falseada a expensas de un simple registro formal. Sostiene que el respeto a aquella condición biológica no conduce a destruir los lazos afectivos que hubieran podido generarse entre el hijo con el esposo de su madre, sino que tiende a situarlos en un plano de verdad.

Destaca que coincidentemente con esa idea, el co-demandado M.A.M. sostiene en su contestación de demanda que aunque entiende que la acción se encuentra caduca, no menos cierto es que está en juego el reconocimiento efectivo del derecho a la identidad de su hijo A. y de la tutela judicial efectiva y que ante el

hipotético caso de que el niño no fuera su hijo no puede negársele el derecho a su identidad por lo que solicita por considerarlo necesario que se produzca prueba de ADN que permita tener certeza de la identidad biológica del menor.

Y remarca que en el mismo sentido se expide la progenitora a fs.12 cuando dice que a fin de preservar la identidad de su hijo A.I.M., se allana al pedido de realización de estudio de ADN solicitado por el Sr. J.E.A.

Por tales consideraciones y ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial concluye que debe acordarse legitimación al recurrente.

Cita doctrina de la C.S.J.N. en cuanto a que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión debe atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir, ya que corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio.

Así, a la luz de la mencionada doctrina, 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 cuestión se

encuentra zanjada por las disposiciones del Código Civil y Comercial.

Concluye que siguiendo los lineamientos de la C.S.J.N. el análisis de inconstitucionalidad introducido en el recurso deviene inoficioso, debiendo acordarse legitimación al actor en concordancia con la modificación legislativa, solución que además se adecua a los principios constitucionales y a las previsiones convencionales en juego.

Acota que dotar de legitimación a la accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso, pero si reconoce la importancia del conocimiento de los orígenes, pues la norma del Art.259 C.C. ya no se encuentra vigente.

Existiendo disidencia entre los Sres. jueces, se integra la Sala con el Dr. Marcelo Medori, quien adhiere al voto del Dr. Jorge Pasquarelli.

De ese modo se resuelve rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y confirmar la resolución dictada por la jueza de primera instancia en cuanto fuera materia de recurso y agravios.

11. A fs. 89/108vta., el actor deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley, en virtud del Art.15°, Inc. b) de la Ley 1.406.

Denuncia que la sentencia recurrida aplica erróneamente la ley, porque se sustenta en el viejo Código Civil y su doctrina legal, cuando a partir de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial -Ley 26.994- y conforme su Art. 7° es de aplicación inmediata a las consecuencias de las

relaciones y situaciones jurídicas existentes, quedando derogado la normativa anterior.

Expresa que la discusión sobre la legitimación de su parte para promover la acción de impugnación y reclamación de filiación ha sido zanjada por el Art.590 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que legitima a la madre, al padre biológico y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

Acota que ninguno de los demandados se opuso a que se realice el estudio de ADN, pues ambos reconocen el interés superior del niño de saber sus orígenes biológicos.

Destaca que la sentencia de la jueza de Primera Instancia decide que no estaba legitimado para interponer la acción, cuando ninguno de los demandados lo cuestionaron y que también la Defensora de los Derechos del Niño dictaminó que correspondía que se llevara adelante el proceso.

Denuncia que se encuentran en juego dos principios constitucionales: el de igualdad y no discriminación sin importar el origen de la filiación y el derecho a la identidad, también receptada en la Convención de Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica.

Aduce que la dilucidación de la identidad biológica no quiere decir que dejará de convivir con su actual familia, pues por su parte quiere asumir sus responsabilidades como progenitor pero no quitarle su familia materna ni a las personas que lo han asistido hasta el momento.

Finalmente destaca que conforme los mismos tratados internacionales mencionados, los niños y niñas son sujetos de derechos y que el interés superior del niño A.I.M. debe guiar la decisión del tribunal en virtud de lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño.

12. A fs. 112/118 los demandados M.A.M. y E.I.M. contestan el traslado de la casación.

Sostienen que una vez dictada la sentencia de una causa bajo el régimen del Código Civil, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos que se dictó.

Explican que la legitimación hace a la constitución de la relación jurídica y que el recurrente no se encontraba legitimado al momento de la interposición de la demanda.

13. A fs. 123/127 y 129/130vta. dictaminan el Sr. Defensor General y el Fiscal General, respectivamente. Solicitan se declare la admisibilidad del recurso por hallarse en juego derechos constitucionales del niño.

14. A fs.132/135 mediante Resolución Interlocutoria N°73/16 se declara admisible el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor J.E.A.

15. A fs.137/vta. se expide el Sr. Defensor General, se remite a los fundamentos vertidos a fs.123/127.

Y además, sostiene que el principio de interés superior del niño de raigambre constitucional es un principio rector en todo conflicto que involucra a niños y adolescentes, que se encuentra consagrado en la Convención de Derechos del Niño, Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

Afirma que la consideración del interés superior del niño debe ser algo primordial en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, que este interés no puede estar al mismo nivel que otras consideraciones, que se le debe dar prioridad en todas las circunstancias, y que en el caso presente, debido a la filiación legal del niño A.I.M. cabe priorizar el derecho a la identidad real del mismo.

Señala que la cuestión se encuentra hoy regida por el Art.590 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que no puede prescindirse en virtud de la regla general del Art.7° del mismo cuerpo legal.

En función de lo expuesto, solicita se revoque la decisión en crisis.

17. A fs.139/140vta. se pronuncia el Fiscal General.

Expresa que encuentra ajustado a derecho el voto minoritario, el que guarda estrecha afinidad con lo dictaminado por el Defensor General.

Destaca que si bien la acción bajo estudio se inició encontrándose vigente la vieja ley, que vedaba al

tercero (pretense progenitor) iniciar una acción de impugnación de paternidad, el nuevo código -en consonancia con los tratados y convenios internacionales a los que la Nación ha adherido- en su nuevo Art.1° expresamente consagra que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte.

Además señala, que conforme el Art. 75, Inc.22, de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia tiene jerarquía constitucional, y en pos del interés superior del niño, consagra -entre otros- el derecho a la identidad.

Trae palabras del Máximo Tribunal al señalar que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias.

Luego, dice que en pos de garantizar el acceso a la justicia -fundamento que llevó en innumerables oportunidades a declarar la inconstitucionalidad del viejo Art 259 C.C.- y sobre todo ante el deber que recae en el Estado de garantizarle al niño su derecho a la identidad, tiene por violentado en el caso, los Arts. 7, 590 del C.C.y C.N.

En consecuencia, propicia que se declare procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley y se reconozca a A.J.E. legitimación activa para intervenir en autos.

II. Ahora bien, comenzando el análisis recursivo, corresponde señalar que la instancia extraordinaria se abrió en razón de que la cuestión en debate involucra el interés superior del niño A.I.M. a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos y le asigna especial protección.

El fallo en crisis confirma el decisorio de Primera Instancia, en tanto declara la falta de legitimación activa del actor Sr. J.E.A. para continuar con el proceso de impugnación y reclamación de la filiación paterna del niño A.I.M. y dispone el archivo de la causa.

Siendo así, la materia a dilucidar en este estadio, es si la solución dispuesta por la Cámara de Apelaciones, ha considerado primordialmente el interés superior del niño A.I.M. y es la que lo satisface de manera más efectiva o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

1. En primer lugar, corresponde realizar algunas consideraciones en torno al interés superior del niño, concepto complejo que ha ido adquiriendo un importante desarrollo en la normativa internacional y local, perfilándose en una dimensión que tiene por objetivo la protección de la totalidad de los niños, niñas y adolescentes.

Cabe recordar que el interés superior del niño, fue consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Art. 3 CIDN - Art. 75, Inc. 22) Constitución

Nacional) y sus alcances se precisan en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño.

También, tener presente que es el principio que rige la responsabilidad parental legislada en el Art. 639, Inc. a), del Código Civil y un concepto central en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N°26.061 (Art.3°).

En el ámbito local se consagra en el Art. 47 de la Constitución Provincial y Art. 4° de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2.302.

Ahora bien, a partir de la sanción de la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante CIDN) en 1989, se ha ido conformando un plexo normativo que brinda precisas directrices en orden a la interpretación y alcances de su articulado y en particular, del principio del interés superior del niño establecido en el Art. 3 y que obliga a los Estados partes.

Recordemos que la C.I.D.N. establece en su Art.3.1:

“en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Y además, crea en sus Arts. 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que

denomina: Comité de los Derechos del Niño (en adelante C.D.N.).

Precisamente, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.

En lo que aquí interesa cabe remitirnos a la Observación General N°14, del 29 de mayo de 2013: "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

En el punto 1.A.6 "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus

Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

Así, el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución.

Ha sido definido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (Art.3 de la Ley 26.061 y 4 de la Ley 2.302).

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo

holístico del niño (conf. Observación General N°5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).

Y su "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N°14 C.D.N. IV, 4.)

Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior del niño en concreto. (Punto I.A. 6 b) Obs.Gral.N°14 C.D.N.).

Ahora bien, la normativa emanada del Comité de Derechos del Niño brinda directrices para evaluar y determinar el interés superior del niño al tomar una decisión sobre una medida concreta.

Señala que: "47. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. (Observación General N°14 C.D.N., Punto V.).

En lo atinente a la evaluación del interés superior del niño, la norma mencionada establece que debe abarcar: a. La opinión del niño, b. la identidad del niño, c. la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, d. el cuidado protección y seguridad del niño, e. la situación de vulnerabilidad, f. el derecho a la salud y g. el derecho a la educación.

Así, en lo atinente al presente caso, habré de considerar:

a. Respecto del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta: "El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad." (IV.B.3.44 Observación General N°14 CDN).

b. Concretamente, respecto de derecho a la Identidad, el Comité ha señalado que la debida consideración del interés superior del niño entraña que los niños tengan:

"...la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate (véase el artículo 9, párrafo 4)."

Y también que:

"El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al

evaluar el interés superior del niño." (Observación General N°14 CDN (V- A 1. b).

En efecto, la Convención de Derechos del Niño establece:

"Art.7 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

"Art.8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

c. Sobre el derecho del niño a la vida familiar y mantenimiento de las relaciones (Art.16 CDN), el Comité ha dicho que:

"El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local" (Art. 5). c)59 Observación General N°14 CDN).

d. En cuanto al resguardo de la seguridad del niño, el Comité expresa:

"el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño."(74)

e. Finalmente el Comité llama la atención respecto de que:

"93. Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible...(art. 25)." (Observación General N°14, C.D.N. Punto B, c) 93).

2. De esta manera, el marco legal precedente es el que permitirá dilucidar si la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones al confirmar la resolución de la Jueza de Primera Instancia, en cuanto declara la falta de legitimación del Sr. J.E.A. para impugnar y reclamar la filiación paterna del niño A.I.M. y archiva la causa, considera primordialmente la protección del interés superior del niño y es la que lo satisface de manera más efectiva o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

Para ello, es necesario en esta instancia cumplir con la evaluación y determinación del interés superior del niño A.I.M., dotando de contenido concreto a los derechos que deben ser considerados, en los términos

que manda la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño.

En ese sentido, evalúo que el interés superior del niño A.I.M. se encuentra integrado por:

a) El derecho a conocer la verdad en lo que respecta a su identidad biológica, habida cuenta que ha quedado establecida una plataforma fáctica (en la que coinciden el actor Sr. J.E.A. y la co-demandada, la madre del niño Sra. E.I.M.) que instala la posibilidad cierta de que la identidad actual en lo que respecta al vínculo biológico paterno no sea la real.

Teniendo además en consideración que al momento de la traba de la litis, las tres personas adultas involucradas en la situación, coinciden en solicitar que se lleve a cabo la prueba de A.D.N., interesadas principalmente en garantizar el derecho del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica.

Tal actitud los posiciona de forma virtuosa, frente a la protección de los derechos del niño, por encima de cualquier conflictividad que pudiera surgir en las relaciones de las personas adultas.

Considerando también que en el mismo sentido se pronuncian la tutora *ad litem* representante del niño A.I.M., quien es el sujeto titular del derecho constitucional que se debate en este juicio.

Y que la Defensora de los Derechos del Niño dictamina en pos de la continuidad del juicio (fs.30).

Además, cabe tener presente que el recurrente, quien impugna y reclama la paternidad, expresa:

“Eso no quiere decir que dejará de convivir con su actual familia, pues esta parte quiere asumir sus responsabilidades como progenitor de A.I.M., pero no quitarle su familia materna ni las personas que lo han asistido hasta el momento” (fs.107vta.).

b) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo que solo será posible durante el trámite del proceso en que se habrá de dilucidar la verdad sobre su identidad biológica.

c) El derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad del niño y por los posibles intereses contrapuestos con su representantes legales.

d) El derecho a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, considerando este concepto en sentido amplio, que comprende tanto a los vínculos biológicos como a los de crianza sobre la base de la verdad.

e) El derecho del niño como sujeto, a que se haga efectivo su derecho a conocer la verdad sobre su identidad en el presente. Es decir, mientras es niño, sin que su ejercicio quede supeditado a la posibilidad de ejercer la acción impugnatoria en el futuro. Y es que conocer los orígenes a temprana edad permite un mejor

desenvolvimiento en la vida tanto familiar como social, porque los vínculos basados en la sinceridad son más sólidos que aquellos basados en una ficción.

Ahora bien, una vez cumplida la evaluación del interés superior, procedo a sopesar los derechos involucrados, dotados de contenido concreto y a determinar el interés superior de este niño en particular.

Así, el análisis de las constancias de autos me permite concluir que en el presente caso, el interés superior del niño A.I.M. que debe considerarse en forma primordial está constituido por el derecho a conocer la verdad sobre su identidad biológica en lo que respecta a su vínculo paterno. Y en el presente, ese derecho se garantiza brindándole tutela judicial efectiva a través de un proceso judicial, que se resuelva a la mayor brevedad y en el que pueda ser oído.

Luego, ya evaluado y determinado el interés superior del niño A.I.M. en concreto, corresponde analizar si la decisión adoptada y recurrida, lo ha ponderado primordialmente, como manda la normativa constitucional.

En ese sentido, se constata que la Cámara de Apelaciones al confirmar lo resuelto por la Jueza de Familia de Primera Instancia en tanto declara la falta de legitimación del actor y ordena archivar la presente causa, no ha considerado adecuadamente con carácter prioritario el interés superior del niño A.I.M. y por lo tanto no es la que mejor lo satisface.

Ello es así, porque lo resuelto obtura en el presente el derecho del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica, esto es saber quien es su padre biológico.

Corresponde señalar que el vicio en que incurren los decisorios dictados por la Alzada y la Jueza de Primera Instancia, reviste gravedad por el carácter constitucional del derecho infringido (Art. 75, Inc. 22, C.N), la calidad de persona en situación de vulnerabilidad del niño titular (conf. Reglas de Brasilia, Ac. 4612/10 T.S.J. y Acordada N°5/09 C.S.J.N.), y por encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad jurídica internacional.

Es importante tener presente que la cuestión relativa a la impugnación y reclamación de filiación articulada no es solo en favor del pretense progenitor, sino también del posible hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a la identidad, a quien asiste el derecho a la verdad sobre su origen biológico y a contar con tutela judicial efectiva. Y es que el derecho a la verdad de los vínculos biológicos no es en favor de quien lo pide sino un beneficio para todos los involucrados.

Cabe recordar que a partir de la reforma constitucional de 1994 (Art.75 Inc.22), tiene lugar un proceso de constitucionalización del derecho de familia, en virtud de la supremacía de los preceptos constitucionales y convencionales, de modo que las decisiones han de tener siempre como finalidad la

plenitud de esos derechos y si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico.

Este proceso se ha consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial, en lo atinente al tema que nos convoca, al conferir una amplia legitimación para impugnar y reclamar la filiación matrimonial en el Art.590 ("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"), lo que recepta el derecho a conocer la verdad sobre la identidad biológica y además la idea de que no hay un modelo universal e inmutable de familia sino muy diversos tipos de familias.

Por todo lo expuesto, concluyo que hay infracción constitucional en tanto la judicatura en las instancias anteriores omite su obligación de ponderar correctamente y en forma primordial el interés superior del niño A.I.M contemplado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Art.75, Inc.22 Constitución Nacional) y en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño, que en el caso concreto es el de la tutela judicial efectiva y derecho a la verdad sobre su identidad biológica.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley 1.406, cabe recomponer el litigio, y conforme las razones jurídicas expuestas precedentemente, considerando primordialmente el interés superior del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica en cuanto a su progenitor, su derecho a la tutela judicial efectiva, a ser escuchado y la particular

percepción del tiempo por parte de los niños, disponer que prosigan los autos en la instancia de grado, ordenándose la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

Por los fundamentos expuestos, a fin de dar efectiva y pronta protección al derecho del interés superior del niño A.I.M, y en cumplimiento del mandato constitucional-convencional de los Arts.3.1, 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art.75, Inc.22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén); Art. 639, Inc. a), del Código Civil; Art.3° de la Ley 26.061; y 4 de la Ley 2.302) y Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, considero corresponde **REVOCAR** los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones -Sala I- y por la Jueza de Primera Instancia a fs.72/80 y fs.36/37 respectivamente, y **DISPONER** la prosecución de la causa en la instancia de grado, ordenándose la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

3. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de todas las instancias serán impuestas por su orden, de acuerdo al modo en que se resuelve y las particularidades de la causa. (Arts. 12° L.C.).

4. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: **DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 89/108 por el actor Sr. J.E.A y en su consecuencia, **REVOCAR** los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones en lo

Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción -Sala I-, y por el Juzgado de Familia de Primera Instancia N°3, obrantes a fs.72/80 y fs.36/37 respectivamente, por infracción al interés superior del niño, derecho a la identidad y tutela judicial efectiva (Art.75, Inc.22 Constitución Nacional, Arts.3.1, 7 y 8 Convención de Derechos del Niño). A la luz de lo dispuesto por el Art.17°, Inc. c) de la Ley 1.406, **DISPONER** la prosecución de la causa en la instancia de grado, ordenando la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

III. Las costas de las tres instancias se imponen en el orden causado atento el modo en que se resuelve y las particularidades de la causa. (Art. 12° L.C. y 68 C.P.C.y C.). **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal **doctor Ricardo T.KOHON** dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Oscar E. MASSEI, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. **ASÍ VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, de conformidad con los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, **SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 89/108 por el actor Sr. J.E.A y en su consecuencia, **REVOCAR** los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción -Sala I-, y por el Juzgado de Familia de Primera Instancia N°3, obrantes a fs.72/80 y fs.36/37, respectivamente por infracción al interés superior del niño, derecho a la identidad y

tutela judicial efectiva (Art.75, Inc.22 Constitución Nacional, Arts.3.1, 7 y 8 Convención de Derechos del Niño). A la luz de lo dispuesto por el Art.17, Inc. c) de la Ley 1.406, **DISPONER** que sigan los autos según su estado, ordenando la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN. **2°) IMPONER** las costas de las tres instancias por su orden (Arts. 12° de la Ley 1.406). **3°)** Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en las instancias anteriores y proceder a una nueva regulación conforme el sentido del presente pronunciamiento. A tal fin se regulan los honorarios de la Dra. Mercedes Chiaravalli -patrocinante de M.A.M. y E.I.M.-, en la suma de pesos UN MIL CUATROCIENTOS TRES (\$1.403.-) para la etapa extraordinaria local; los devengados en la Alzada se fijan en la suma de pesos UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES (\$1.683.-), y por la actuación en Primera Instancia se establecen en la suma de pesos CINCO MIL SEISCIENTOS DIEZ (\$5.610) (Art. 9, 15°, ss. y concordantes de la Ley de Aranceles). **4°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

fc

Dr. RICARDO T. KOHON
Vocal

Dr. OSCAR E. MASSEI
Vocal

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN
Subsecretaria