



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

**Fs. 141**

**Nº 1100/13/10F-70/16**

**“H. N. J. CONTRA S. M. B. POR  
IMPUGNACION DE PATERNIDAD”**

Mendoza, 7 de Junio de 2017.

**AUTOS Y VISTOS:**

Los presentes autos, llamados a resolver a fs. 139 y habiéndose practicado sorteo a fs. 140 y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-** Que vienen estos autos a la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 99 por la titular de la Décima Asesoría de Menores e Incapaces Dra. María Beatriz Gamero en contra de la sentencia de fs. 93/98 en la que se rechaza la excepción de cosa juzgada deducida por el Ministerio Pupilar; se exime de costas al mismo, se difiere la regulación de honorarios profesionales para la etapa procesal oportuna y se ordena que, firme la resolución, se prosiga la causa según su estado.

Para así resolver la juez a quo formuló referencias al instituto de la cosa juzgada y al derecho a la identidad y, ponderando los valores en juego, consideró que ambos principios resultan igualmente dignos de protección, entendiendo que el conflicto hermenéutico debe resolverse a través del denominado “juicio de ponderación” que implica analizar las particulares circunstancias de aplicación de cada uno y resolver cuál debe primar, conforme con las circunstancias del caso concreto.

Remite a la opinión del Dr. Pettigiani en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires del 27/08/2008 y al fallo de la CCyC de Dolores del 16/08/2011, para concluir que, en tanto la filiación fue declarada en un proceso donde el juez del Segundo Juzgado de Familia dictó sentencia apoyado en las pruebas que consideró relevantes, unidas a la presunción que autoriza el derogado art. 4 de la ley 23.511 –principio hoy receptado expresamente en el CCyC- declarando que el Sr. N. J. H. es el progenitor de S., el norte que debe guiar la actuación de los operadores jurídicos debe ser la obtención de la verdad real, única forma de otorgar al mismo tiempo certeza al derecho a la identidad, pues siempre será preferible una paternidad certera antes que una paternidad presumida o ficta y dice que, -con cita del fallo de Dolores- ello nunca será perjudicial para ninguna de las partes, pudiendo sólo devenir en beneficio de las mismas.

Agrega que no debe perderse de vista que hay un proceso por delante en el cual se escuchará a S., respetando su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, se cumplirán los principios dispuestos por el art. 706 del CCyC y, principalmente, se sustanciará la prueba biológica ofrecida por el actor y también por la parte demandada, quien a su vez no se ha opuesto ni ha solicitado expresamente el rechazo de la excepción de cosa juzgada interpuesta por el Ministerio Pupilar. Observa que, otorgar certeza a la identidad de su hijo, fue lo que solicitó la Sra. S., instando correctamente la prueba biológica a fin de determinar la paternidad en relación a S., la que finalmente no se concretó.

Refiere que de las constancias de autos, amén del esquema clásico de la pretensión y su existencia en términos procesales, surge que tanto el Sr. H. como la Sra. S. en sus respectivas presentaciones peticionan arrojar luz sobre un tema tan sensible y delicado para el crecimiento sano y pleno del niño: que se sepa a ciencia cierta quién es su papá.

Manifiesta que si bien no desconoce la nula actitud colaborativa de Sr. H. en el proceso conexo radicado ante el Segundo Juzgado de Familia (actitud que –indica– no encuentra justificativo, ante la duda surgida, y ponderando los derechos y las garantías constitucionales en juego, la cosa juzgada material debe en este caso ceder ante la necesidad de otorgar certeza a la paternidad atribuida a aquél, con la mayor premura posible, ya que también debe evitarse dilatar aún más en el tiempo la resolución acerca de la existencia o no del mentado nexo biológico, que sólo puede determinarse a través de la práctica de la prueba genética.

**II.-** A fs. 104/105 expresa agravios la Asesora de Menores de Incapaces.

Se queja de la oportunidad del juicio de ponderación en materia de filiación y derecho a la identidad.

Asimismo se agravia por cuanto -aduce-, existiendo numerosa jurisprudencia y doctrina respecto al valor que debe atribuirse a la negativa injustificada a practicarse pericia genética en los juicios de filiación (receptada por el art. 579 del CCyC), la misma no ha sido considerada, mencionando la juez a quo dos fallos en los que, el primero (de la SCJBs.As.), si bien se dice en la sentencia que tiene una plataforma fáctica muy similar al caso de autos, ello no es así, por cuanto allí el demandado interpuso su queja frente al emplazamiento y aquí el actor, notificado de la sentencia del 24/02/2012 recaída en autos N°853/8/2F, inicia una acción el 28/08/2013,



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

siendo que en aquélla al notificársele la demanda no compareció y fue declarado rebelde.

Agrega que, cuando el Dr. Pettigiani, citado por la iudex, menciona la relatividad de la cosa juzgada, lo es en relación a la propia niña, no al padre emplazado. Allí se indica que es la niña quien, contando con madurez suficiente, puede solicitar la prueba genética como una especie de condición resolutoria de la atribución ficta de la paternidad. Por ello el antecedente hubiera sido adecuadamente invocado si fuera S. quien requiriera de otro tipo de certeza respecto a quién es su padre, pero éste no es el caso.

Se pregunta acerca de cuál es el sentido del actual art. 579 del CCyC que recepta la corriente jurisprudencial y doctrinaria que valoriza la negativa injustificada a practicarse ADN, si una sentencia basada en este indicio grave, puede ser atacada con el único argumento de la falta de realización de la prueba genética.

Concuerda con la juez de grado en cuanto a que siempre será preferible la verdad a la ficción institucionalizada, pero se pregunta ¿qué ocurre cuando no puede arribarse a la verdad por culpa de las propias conductas de los afectados?, ¿qué ocurriría si, de admitirse la acción, fuera el niño quien se negara a practicarse la prueba pericial?, ¿podemos exponer u obligar al niño a tomar una decisión al respecto cuando su progenitora hizo lo que tenía que hacer, cuando era oportuno hacerlo, esto es, al iniciar la acción de filiación? La condición resolutoria de la que habló Pettigiano –en su voto– ¿no debería admitirse a instancia del afectado, quien por su edad, no tuvo intervención directa en el proceso? Si el propio niño no ha instado la producción de la prueba genética es porque tiene la certeza de quién es su padre, certeza que se encuentra incorporada a su patrimonio, certeza que se la ha dado el Segundo Juzgado de Familia al ponderar la conducta del Sr. H. en conjunto con otras pruebas. La justicia ya se pronunció a favor del derecho a la identidad de su pupilo y constituiría un exceso la tramitación de los presentes autos.

Por último remarca que la voluntad de S. no puede ser suplida por la adhesión a la prueba pericial efectuada por su madre, ya que entiende, al igual que en el voto citado, que se trataría de un derecho personalísimo, que sólo puede ser ejercido por el propio interesado, en cuyo beneficio se ha establecido la calidad de indicio grave ya referida.

Solicita se revoque la resolución por ser arbitraria e ilegítima y causar un gravamen irreparable al niño S. A. S., haciéndose lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta a fs. 33/34.

Formula reserva del caso federal por encontrarse involucrados derechos y garantías constitucionales, como también la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

**III.-** A fs. 109 se corre traslado del recurso a las partes.

A fs. 118 contesta la Dra. M. C. C. por el actor y solicita el rechazo del recurso y la confirmación del decisorio impugnado, por las razones que expresa, a las que nos remitimos ad brevitatis causa.

Notificada la parte demandada según constancia de fs.117 no contesta el traslado conferido.

**IV.1.-** Anticipamos que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y en consecuencia revocar el decisorio apelado en el sentido pretendido por la recurrente.

Las acciones de filiación son acciones de estado que tienen por objeto emplazar o desplazar del estado de familia, cuando éste no se encuentra determinado de conformidad con el vínculo biológico de paternidad o maternidad.

Indudablemente que en el caso traído a resolver se encuentran en tensión un instituto de naturaleza procesal, cual es el de la cosa juzgada emanada de la sentencia judicial y un derecho de la persona humana, el derecho a la identidad.

Bidart Campos resalta que la cosa juzgada significa que las decisiones judiciales firmes resultan intangibles no pudiendo ser modificadas por otras ni desconocidas por leyes o actos estatales o privados (Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Nueva edición ampliada y actualizada, t I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 358). Fassi y Maurino hacen hincapié en que se trata de una presunción absoluta de verdad, en virtud de la cual los hechos constatados y los derechos reconocidos por una sentencia no pueden ser contestados de nuevo, ni ante el mismo tribunal que la ha dictado, ni tampoco ante otra jurisdicción (Fassi, Santiago C-Maurino Alberto L, Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, t III, 3° ed. Actual., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 271).

Recordamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que “Las razones de seguridad jurídica que han erigido la estabilidad de las sentencias judiciales en requisito de jerarquía constitucional, deben entenderse referidas a la



## *Cámara de Apelaciones de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

inmutabilidad de lo sustancial decidido por los jueces, antes que a la fijeza formal de su pronunciamiento” (Fallos 304:521).

El derecho a la identidad, por su parte, encuentra raigambre constitucional en el artículo 75 inciso 22, art. 19 y cc. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 y cc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 18 y cc de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

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, a conocer la realidad biológica, a conocer el origen biológico y que éste sea concordante con el estado filiatorio.

La jurisprudencia y la doctrina en materia de filiación han dado soluciones diversas en punto a si debe prevalecer la cosa juzgada emanada de la sentencia recaída en un proceso en el que se discutió la identidad filiatoria de una de las partes o si por el contrario aquélla debe sucumbir frente a la necesidad de determinar la identidad biológica de la persona.

Dan preeminencia a la cosa juzgada, entre otros, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “G.,R.M. v. E.,J.M. s/filiación”, 21/03/2005, voto de los Dres. López Aramburu y Ramos Feijóo, con la disidencia del Dr. Sansó (Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, N° 10/2205, p. 4) y el Superior Tribunal de Entre Ríos, 31/5/1999, “E.G.,P. v. G.,J.Ch.s/Filiación” (voto de la

mayoría) (publicado en el trabajo de Tierra, Raúl Héctor, “Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia en Peyrano, Jorge (director) y Carbone Carlos Alberto (coordinador), p. 87 y ss.).

López Del Carril, efectúa un listado de la doctrina que concuerda con la promoción en cualquier tiempo y bajo cualquier circunstancia de la acción de filiación, sin que pueda ser enervada por una excepción de cosa juzgada, citando en tal sentido a Gil Domínguez, Fama, Herrera, Duto, Belforte, Zenere, Carbone, D’Antonio, Krasnow, Lloveras, Oteiza, Mendoza, Cifuentes, Lopez Faura, Oppenheim, Levy, Iñigo, Zannoni, Gutiérrez, Grosman, Méndez Costa y Molina (cfr. Luis María López Del Carril, “La supremacía del derecho a la identidad filiatoria”, La Ley 12/08//2009, 12/08/2009,6-La Ley 2009-E,70, cita online: AR/DOC/2850/2009).

A su vez, Antonio Fabián Andrade (“El derecho a conocer “la verdad biológica” en conflicto con otros derechos fundamentales”, DJ17/06/2009,1609, cita online: AR/DOC/1583/2009) menciona en la misma línea a Arazi, Maurino, Berizonce, Bidart Campos, Kielmanovich y Falcione.

Jurisprudencialmente se ha dicho: “El carácter inmutable de la cosa juzgada en las acciones de estado, se aplica sólo en los supuestos en que la pretensión de fondo ha sido objeto de debate, pero no en los casos en que fue rechazada por cuestiones de índole formal, como la falta de diligenciamiento de la prueba testimonial, confesional y pericial biológica, pues en estos supuestos, prima el derecho a la identidad del afectado” (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja, 07/03/2014, cita MJ-JU-M-86112-AR MJJ86112). “Frente a los avances de la ciencia que permiten realizar estudios de filiación inexistentes al tiempo de la sentencia que desconoció el vínculo filiatorio, cabe la posibilidad de un replanteo probatorio –pruebas biológicas de histocompatibilidad e inmunogenética-, transitando de la inmutabilidad absoluta y terminante de la cosa juzgada hacia la posibilidad de una mutación relativa (voto en disidencia Dra. Kogan) y que “el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada no puede mantenerse pues se muestra notoriamente desproporcionado cuando pretende imponer una restricción definitiva a la indagación de la identidad de origen del accionante, sobre la base de la preexistencia de un similar y firme proceso filiatorio llevado a cabo hace treinta años y desestimado sobre la base de la ausencia de la debida prueba del vínculo biológico, ante la imposibilidad en aquél tiempo de definir tal trascendental cuestión a través del decisivo respaldo que hoy aporta la prueba genética (del voto del Dr.



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

Pettigiani). Esto es, la sentencia que rechazó una demanda de filiación y petición de herencia con fundamento en que ya existía cosa juzgada en relación al vínculo entre el peticionante y el causante, en un momento donde no existían pruebas de histocompatibilidad, debe ser revocada, ante la sobreviniente posibilidad de acceder a la verdad biológica; la no revisión del fallo, en estas circunstancias y solo sostenida por la “seguridad jurídica” sería una solución contrapuesta al orden jurídico integral y disvaliosa desde la equidad (Suprema Corte de Justicia de Bs.As., 17/06/2015, “De Ángel, Obdulio José c. Ángela Santina Actis Perino, viuda de Bruni s/petición de herencia”, cita microjuris.com: MJ-JU-M-94881-AR MJJ949881 y cita LLBA2015 (octubre), 1008, online AR/JUR/24349/2015). Es improcedente la excepción de cosa juzgada opuesta ante la promoción de una acción de filiación extramatrimonial, invocando el rechazo de las demandas acumuladas de impugnación de la paternidad y filiación extramatrimonial deducidas anteriormente por el actor, pues dicho decisorio expresó que la resolución adoptada lo fue sin siquiera entrar a analizar la eventual existencia de un vínculo biológico entre el reclamante y el pretense progenitor, debido a la ausencia de pruebas sobre el desplazamiento del estado de hijo” (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de San Juan, 05/03/2009, LLGran Cuyo 2009 (junio), 482 - La Ley 12/08/2009, cita online: AR/JUR/488/2009). Corresponde admitir en una segunda acción de filiación -del 2005-, la revisión de la sentencia que desconoció el vínculo biológico en el año 1978, cuando no existía la posibilidad de una prueba genética, porque tal recurso no se hallaba disponible a esa fecha (SCJ de Bs.As., 11/03/2015, “C.,M.A.c.M.,A. s/filiación”, RCCyC 2015 (julio),92-LJU, cita online AR/JUR/2266/2015), con la disidencia del Dr. Genoud que entendió que, por haber transcurrido más de 20 años, se configuraba en la pretensión un verdadero abuso del derecho y que, en todo caso, cabía admitir al interesado una acción autónoma tendiente a conocer su origen sin generar vínculos (fallo citado). En otro precedente, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, frente a un primer proceso en el que se rechazó la acción de filiación por falta de prueba adecuada -ya que no se concretó el análisis de ADN-, y luego se interpuso una nueva acción -esta vez por el propio interesado que había alcanzado la mayoría de edad- con el mismo fin, rechazó la cosa juzgada opuesta por el demandado (SCJBs.As., 11/03/2015, “P.,M.G.c.M.G.,J.M. s/filiación”, La Ley 23/06/2015, 3 con nota de Gabriela Yuba, La Ley 2015-C,472, RCCyC 2015 (julio),93-LLBA2015 (septiembre),847, cita online: AR/JUR/2272/2015; ídem Cámara de

Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, 05/07/2007, “M.,N.L.; M.,G.A. y M., R.E. c. M.,R.U.” ,voto de los Dres. Rodriguez y Durand de Cassis y disidencia del Dr. Benítez Meabe, LLLitoral 2007 (setiembre), 834, con nota de Adriana Noemí Krasnow, cita online: AR/JUR/2571/2007).

En el mismo sentido se expiden las conclusiones del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (comisión N° 1, “Proceso civil y comercial”, subcomisión N° 2, “Prueba científica”, [www.procesal2007mdp.com.ar](http://www.procesal2007mdp.com.ar)) y de las X Jornadas Interdisciplinarias de Familia, Niñez, Adolescencia y Mediación (Morón, Bs.As., Octubre de 2007, comisión N° 2 “Derecho a la identidad en el derecho de familia”, [www.camoron.org.ar](http://www.camoron.org.ar)).

Es dable señalar que en algunos de los casos citados ut supra, se tuvieron en cuenta las nuevas circunstancias configuradas por el avance de la ciencia, el alcance y certidumbre de las pruebas biológicas y la disponibilidad a la fecha del segundo proceso de las pruebas de ADN, lo que permitía rever y flexibilizar la eficacia de la cosa juzgada emanada de la sentencia que había rechazado la acción de filiación. Y, en todos ellos, tanto la primera como la segunda acción habían sido intentadas por la persona que pretendía su emplazamiento filial, esto es, en ambos procesos el actor era el mismo y perseguía conocer su verdad biológica y la sentencia recaída en la primera contienda había rechazado la pretensión.

Lo mismo ocurre en los fallos mencionados por la juez a quo. En el de la Cámara de Apelaciones de Dolores, la primera acción intentada por la progenitora en representación de su hija menor de edad, se había rechazado considerando a la negativa a practicarse la prueba de ADN como insuficiente por sí sola para hacer lugar a la acción de emplazamiento filial ante la ausencia de pruebas coadyuvantes y en el segundo proceso se presentaba la propia interesada quien había adquirido la mayoría de edad (16/08/2011, “P.,M.E. v.M.,G.J.M”, APBA 2012-I-99; RDF 2012-1-161, cita online 45010019 –aún cuando la preopinante, Dra.Canale, alude en su voto “a la decisión que rechace la acción o aplique la presunción del art. 4 ley 23.511 declarándose la paternidad ficta del demandado, debe supeditarse a la posible realización de esa prueba”-). En los antecedentes de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, la segunda acción había sido entablada por quien en la primera no había sido emplazado en el estado de hijo del demandado, en un momento donde no existían pruebas de histocompatibilidad y ante la posibilidad sobreviniente –en el segundo proceso- de



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

acceder a la verdad biológica con las pruebas de ADN ahora sí disponibles, a raíz de su descubrimiento y difusión ulterior (SCJBs.As., 27/08/2008, [www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojuban47.htm](http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojuban47.htm) y 17/06/2015, LLBA2015 (octubre),1008, cita online: R/JUR/24349/2015).

De allí que se avizora prístinamente que los precedentes citados se distinguen claramente del *sub iudice*, pues en el juicio incoado por M. B. S. por el menor S. S., se acogió la demanda y se emplazó al niño en su filiación paterna, y el demandado en aquél proceso N. H. pretende aquí el desplazamiento de S. de ese estado, impugnando la paternidad.

Desde la óptica de la doctrina, María Victoria Famá sostiene la desproporción del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada a la luz de los otros derechos comprometidos: “Ciertamente, las ventajas o los beneficios que implica para el titular del derecho en particular y la sociedad en general el resguardo a la seguridad jurídica, no compensan en modo alguno los perjuicios que supone para el sujeto individual y el interés estadual la restricción del derecho a la verdad y a la identidad, cuyo reconocimiento tiene una trascendencia tal en la constitución psicológica y emocional de las personas que, en las circunstancias fácticas concretas, le confiere un mayor “peso” a la hora de ponderar los derechos en juego” (Famá, María Victoria, La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Bs.As., 2001, p. 691).

Distinguiendo según se trate de una acción de emplazamiento filial, donde podría adoptarse un criterio más amplio admitiendo la posibilidad de revisión de la sentencia desestimatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, o de una acción de desplazamiento filial, donde dicha posibilidad debe ser relativizada, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y según quien sea el interesado en obtener dicho desplazamiento.

En esta última hipótesis, la autora que venimos citando diferencia el supuesto en que el accionante es alguno de los interesados directos, esto es, el propio hijo o el padre o la madre emplazados legalmente, en el que prevalece la posibilidad de revisar la sentencia de emplazamiento filial, pues, dice, el derecho a la identidad muestra estrecha conexión con el derecho a la verdad y la importancia de lograr la concordancia entre el presupuesto biológico y el emplazamiento familiar no es exclusiva de quien busca o controvierte sus orígenes, pues los lazos filiatorios constituyen una relación y,

en tal sentido, abarcan los dos polos del vínculo filial; frente al supuesto en que la acción es incoada por un tercero ajeno a la relación filial, que pretende el desplazamiento filiatorio, aunque éste invoque un interés legítimo (arg. art. 262 y 263 CC) (Famá, ob. cit., p. 710/711).

En este punto entendemos que efectivamente cabe distinguir según que se trate de una acción de emplazamiento filial o de una acción de desplazamiento.

En el primer caso, la cosa juzgada cede frente al derecho a la identidad de quien fue actor en el primer proceso en el que la demanda fue desestimada –v.gr. por inexistencia a esa fecha de la prueba genética de ADN- y luego intenta una segunda acción persiguiendo dicho emplazamiento filial.

E incluso, podrían existir varias hipótesis de confrontación de los derechos en juego, exigiendo un juicio de ponderación particular de los mismos, de su vinculación y eventual prevalencia de uno sobre el otro, como sucede cuando la prueba de ADN no se hubiera producido por falta de recursos, si se hubiera desistido de ella, si se hubieran cometido irregularidades en el procedimiento de producción de la prueba, etcétera, todos los cuales merecerían respuestas diversas y específicas, adaptadas a las circunstancias concretas.

Diferente es la situación en una acción de desplazamiento filiatorio, tal como ocurre en el sub lite, siendo que, reiteramos, en el proceso incoado por la progenitora en representación de su hijo menor de edad en autos N° 853/8/2F, “S. M. B. por el Menor S. S. contra H. N. por Filiación”, se emplazó al actor en la calidad de hijo del demandado, merituando a tal efecto la incontestación de la demanda, su rebeldía, las pruebas rendidas y la negativa injustificada del Sr. H. a someterse a la prueba genética (art. 4 ley 23.511) y al poco tiempo éste inicia un nuevo juicio para obtener la revisión de lo resuelto, pretendiendo desdeñar no sólo la cosa juzgada, sino la ponderación que el magistrado efectuó de su negativa injustificada a someterse a las pruebas de ADN como indicio grave en su contra.

Si admitiéramos en el caso concreto relativizar lo resuelto en autos N° 853/8/2F a favor del niño S. S. y la fuerza de cosa juzgada emanada de dicho decisorio, importaría transformar en letra muerta la normativa contenida en el art. 4 de la ley 23.511 –hoy art. 579 in fine del CCyC- y hacer caer en saco roto la conclusión extraída de su aplicación, sobre la cual se fundó la sentencia que declaró, en el marco de un proceso dotado de todas las características del debido proceso y asegurando el derecho



## *Cámara de Apelaciones de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

de defensa de las partes, que S. es hijo extramatrimonial de N. J. H. y lo emplazó en el estado de familia correspondiente.

En esta línea de razonamiento, se destaca la amplitud probatoria que impera en los procesos de filiación, en los que se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, resaltándose el carácter de prueba por excelencia de esta última, en tanto la comprobación de la existencia del nexo biológico es el núcleo de la pretensión del actor en una acción de reclamación, y la demostración de su inexistencia el objeto que persigue el demandante en una acción de impugnación.

El art. 253 del Código Civil establecía 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” y el art. 4 de la ley 23.515 introdujo un dispositivo legal de tipo persuasivo, justamente la negativa injustificada a someterse a la prueba genética conduce a una valoración negativa en contra de la posición del renuente.

Por su parte, para el art 579 del nuevo CCyC, 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.

Salvo algún fallo aislado, la jurisprudencia reiteradamente se pronunció en favor de la constitucionalidad del art. 4 de la ley 23.511, como medio destinado a colaborar con la efectividad de los principios que inspiran al régimen de filiación vigente (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, voto emitido en autos N° 66703 - D.R.D. EN J: D.R.D.c/ A.M.B. FILIACIÓN - INCONSTITUCIONALIDAD, 24/07/2001, LS302-021; S.C.Bs. As., 7/7/1998, La Ley Bs. As. 1998-957; Superior Tribunal de Jujuy, 10/9/1999, La Ley Noroeste, 2000-1205; T.S.Justicia de Córdoba, 4/5/200, La Ley Córdoba febrero de 2001 pág. 21 fallo NE 3357; Cám. Nac. Civ. Sala A., 21/4/1998, LL 1998-D-741; Sala C, 13/6/1996, ED 171-38; Sala D, 18/4/1996, ED 170-105 y Doc. Jud. 1997-3-270; ídem. 19/3/1999, JA 2000-III-356; Sala E, 8/5/1997, LL 1997-E-288 y Doc. Jud. 1997-3-199; Sala G, 19/3/1999, ED 184-24; Sala H, 4/10/1996, ED 172-274 y LL 1998-D-69; ídem 11/3/1997, Doc. Judicial 1998-I-259; ídem. 18/6/1999, LL 2000-C-85 y Doc. Jud. 2000-2-337; Sala J, 1/2/2000, Doc. Jud. 2000-2-

1194; Sala K, 28/9/1994, JA 1996-I-367; Cám. Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala I, 11/12/1996, La Ley Bs. As. 1997-562 y JA 1999-III-505; Cám. Apel. Civ. y Com. de Junín, 22/9/1995, Rev. de Jurisprudencia Provincial, año 6 NE 6, Junio de 1996, pág. 475 y La Ley Bs. As. 1996-374; Cám. 1E Civ. y Com. de San Nicolás, 22/12/1994, La Ley Bs. As. 1995 sentencia NE 1274; ídem, 22/5/1997, JA 1998-II-390; Cám. Civ. y Com. de Mercedes, Sala I, 28/3/2000, La Ley Bs. As., 2000-907; ídem. 11/5/2000, La Ley Bs. As., 2000-1083; Cám. Civ. y Com. De Trenque Lauquén, 3/6/1997, La Ley Bs. As. 1998-287; Cám. Civ. y Com. de Paraná, 29/3/1994, Jurisprudencia de Entre Ríos, 1995. NE 67, pág. 688; ídem. Sala III, 8/11/1996, ED 175-456; Cám. Civ. y Com. de Rafaela, 21/8/1996, La Ley Litoral 1998-432; ídem. 8/8/1996, La Ley Litoral 1998-259; Cám. 1E Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, 29/3/2000, La Ley Córdoba 2000-1118; Trib. Familia de Formosa, 30/6/1997, La Ley Litoral 1999-387; Cám. Apel. Concepción del Uruguay, 26/2/1999, La Ley Litoral 1999-859).

Bajo la vigencia del Código Civil velezano existían opiniones divergentes acerca del valor que debía otorgarse a la negativa injustificada a someterse a la prueba genética (art. 4 ley 23.511).

Mientras que para algunos autores constituía un indicio grave que sumado a otras pruebas creaban en el juez la convicción de la razonabilidad de la pretensión (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 otros, la norma contenía una verdadera presunción que invertía la carga de la prueba, pudiendo afirmarse que la negativa actuaba como medio de prueba suficiente frente a la falta de oposición de otros elementos que demostraran lo contrario



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

(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; ver al respecto voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída en autos “C.L.M. c/G.A.B.,SCJMza., Sala I, 29/08/1995, La Ley, 1996-B 546, con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi (hijo)y jurisprudencia y doctrina citadas).

La discusión fue zanjada por el CCyC que otorga a la negativa el valor de “indicio” contrario a la posición del renuente, adicionando la nota de “gravedad” que lo cualifica.

Y, tal como adelantamos, la norma -antes art. 4 ley 23.511, ahora art. 579 in fine del CCyC- se transformaría en letra muerta y, resultaría estéril aplicar la conclusión que se extrae a partir de la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba genética, si, establecida a partir de la misma la identidad filiatoria del actor, pudiera luego el demandado discutir nuevamente la cuestión en un nuevo juicio, aduciendo querer someterse -ahora sí- a la prueba de ADN.

En la acción deducida en autos N° 853/8/2F, la Sra. M. B. S. en representación de su hijo menor S. A. S., ofreció, entre otras pruebas, la genética de ADN. El traslado de la demanda se notificó personalmente al accionado, según cédula agregada a fs. 9 y vta., al igual que la rebeldía declarada a fs. 12, según cédula de fs. 14 y vta. Admitida la prueba, se ordenó practicar prueba biológica; el Cuerpo Médico Forense informó la fecha del turno otorgado para el 9 de febrero de 2009, haciéndose saber a las partes que debían concurrir ese día para la extracción de sangre. El

demandado fue notificado por cédula en su domicilio real el 30/12/2008 (cfr. fs. 40 y vta.) habiendo recibido copia la Sra. A. N., quien dijo ser su esposa. El día del turno concurrieron M. B. S. con su hijo S. A. S. y ante la incomparecencia del Sr. H. se suspendió la extracción de sangre (cfr. fs. 49).

A fs. 61 la actora solicitó que se fijara nueva fecha por el Cuerpo Médico Forense para extracción de sangre a fin de practicar la prueba biológica ofrecida; a fs. 64 el CMF informó la fecha del 21/10/2009 a las 10.30 hs. a tal fin; se notificó al demandado por cédula a fs. 67 y vta., el 30/09/2009, recibiendo copia la Sra. A. N., quien nuevamente dijo ser su esposa. A fs. 88 se emplazó al demandado en el plazo perentorio de tres días a manifestar su voluntad de someterse a la prueba pericial biológica de ADN bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511. Dicho decreto fue notificado en su domicilio real el 3 de agosto de 2011, recibiendo copia la Sra. M. A. N. quien suscribió la diligencia de conformidad. A lo que se suma que también se produjeron otras pruebas comprensivas de testimonial a fs. 32 y encuesta socio ambiental a fs. 45/50. Por último, la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2011 fue notificada personalmente al demandado en su domicilio real el 24/02/2012 (cfr. fs. 124 y vta.).

Así pues, en los autos N° 853/8/2F el accionado fue citado en tres oportunidades; incluso, en la última ocasión, lo fue expresamente bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 23.511, todas las notificaciones se practicaron en el domicilio real y en ninguna de esas ocasiones justificó su inasistencia.

Sin dejar de destacar que si la filiación hubiera sido determinada en un proceso en el que no se hubieran asegurado las garantías del debido proceso legal y se hubiera generado una situación de indefensión para el demandado, incurriéndose en un vicio procesal grave –v.gr. por falta de notificación- podría plantearse en un proceso posterior la existencia de una cosa juzgada “írrita”. Situación que no se presenta en autos, no sólo porque ésta no es la pretensión del actor, sino y, fundamentalmente, porque el juicio seguido en su contra en autos N° 853/8/2F estuvo dotado de todas las garantías procesales, asegurando la tutela judicial efectiva de sus derechos y posibilitándole el adecuado ejercicio de su defensa, a pesar de la excusa que ensaya en la demanda a fs. 2 al decir que no concurrió al examen de ADN porque consideraba que no debía ir ya que no es el padre del menor y que desconocía el alcance y efecto jurídico de su no presentación (cfr. fs. 2 vta.).



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

Por todo lo cual, sin perjuicio que la materia vinculada con el derecho a la identidad es merecedora de una tutela especial en normas constitucionales y convencionales, sin desconocer la importancia de hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal y la necesidad de alcanzar la verdad jurídica objetiva, entendemos que en este caso concreto no se afianza la justicia, ni se logra la tutela judicial efectiva si, a posteriori de un proceso dotado de todas las garantías legales, en el que se emplazó filialmente al actor como hijo del demandado, por aplicación del indicio grave contenido en el art. 4 de la ley 23.511, junto a la valoración de la conducta procesal de incontestación y rebeldía y de las restantes pruebas, si se permitiera al progenitor impugnar la filiación paterna de S. en un nuevo proceso, aduciendo justamente y, en forma exclusiva, que no se realizó la prueba de ADN, cuando esto obedeció a su propia conducta negligente y a su negativa injustificada a someterse a la misma.

El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en un caso en el que se había hecho lugar a la demanda de filiación sobre la base de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, en conjunción con otros elementos probatorios y, habiendo introducido el defensor oficial en su dictamen la cuestión de la futura y posible revisión de la cosa juzgada frente a la efectiva realización posterior de la prueba biológica, aún cuando el tema era ajeno a la litis, hizo una consideración expresa del argumento en los siguientes términos: “De acogerse el dictamen del defensor en este sentido, no sólo se incurriría en violación de claras disposiciones procesales, sino que también se condenaría a la menor a no tener nunca una certeza sobre la titularidad de sus derechos y a privársela de su derecho a la identidad, en cuanto nunca tendría certeza de quién es su padre (art. 7, ley 23.849), por más que mediara un pronunciamiento judicial determinando la filiación de la misma” (Sup.Trib.Just.Entre Ríos, Sala 2º Civil y Comercial, 10/04/1997, “G.M.A. v. B.,E.O.”, LL 1999-B-776 y LL Litoral 1998-2-69).

En consecuencia, recalamos que no se trata aquí de hacer prevalecer lo formal sobre lo sustancial, ni el derecho procesal por encima del derecho de fondo, ni la cosa juzgada por sobre el derecho a la identidad, sino que, justamente, en aras del derecho de S. a evitar que su identidad biológica sea vapuleada de tal manera que dependa del deseo o interés del Sr. H. en someterse a la prueba genética, cuando nada le impedía hacerlo en el primer proceso, cuando el estudio de ADN estaba disponible y era científicamente proponible, importaría una flagrante violación de los derechos del niño quien se transformaría en una víctima de los cambios de actitud de los adultos -si el Sr.

H. quiere o no hacerse la prueba de ADN, si antes no la consideró importante y ahora sí, etcétera-.

Es que el indicio grave a la posición del renuente surge de interpretar la razón de ser de la conducta procesal asumida por la parte, que injustamente impide dejar establecida con certeza la realidad en torno a un controvertido vínculo de filiación. Sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica: “es que no sería razonable suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo” (TSJ de Córdoba, Sala Civil, 19-04-2006, SAIJ, sumario R 0020327).

Tal como se indica en la obra de Lorenzetti, citando a Grosman y Arianna, esa actitud del demandado (art. 579 in fine CCyC) produce una inversión en la carga de la prueba, asimilándose la hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan. No basta que se acuerde al hijo la acción de reclamación de estado, es necesario además darle los recursos para que ese derecho sea efectivo y tal intención se desnaturaliza si desde la ley y la justicia se tolera la traba de una prueba esencial en la determinación del vínculo filial. Frente al riesgo de que la conducta negativa del demandado convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, debe valorarse la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica como un reconocimiento de los hechos aducidos en la demanda, salvo prueba en contrario, aun cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada (Grosman Cecilia y Arianna Carlos, Los efectos de la negativa a someterse los exámenes biológicos en los juicios de filiación extramatrimonial, en LL 1992,-B-1193, citado en la obra “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, dirigida por Lorenzetti, p. 602/603).

Como estimamos que el interés que se debe preservar es el de S., consideramos que en este caso se debe hacer lugar a la excepción interpuesta en su beneficio y representación por la Sra. Asesora de Menores, sin soslayar que la progenitora, si bien compareció en estos autos por sí (cfr. fs. 28/30) refirió a la facultad judicial de declarar de oficio la cosa juzgada y ofreció la prueba de ADN para “el improbable caso” que se diera trámite a la demanda interpuesta por el Sr. H., lo cual, por un lado, relativiza la adhesión a dicha prueba a la que alude la juez a quo en su sentencia y, por otra, revaloriza la actuación del Ministerio Pupilar, reivindicando a su favor una intervención directa en defensa de los intereses de S.



*Cámara de Apelaciones  
de Familia*

**PODER JUDICIAL**

**MENDOZA**

---

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado la importancia del rol que asume el Ministerio Público Pupilar en los procesos judiciales en defensa de los intereses de su pupilo, comprendiendo el inicio de todas las acciones y recursos necesarios en resguardo del interés de su representado (CSJN, 29/08/2004, Morales Jorgelina Nilda y otros c. Provincia de Bs.As. y otros). Siendo que, cuando el representante del niño es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será un representante directo (cfr. Highton, Elena, "Funciones del Asesor de Menores. Alcance la asistencia y control", La Ley 1978-B, 904). Teniendo en cuenta la necesaria intervención del niño en los procesos de filiación (arg. art. 304 del CPC) y que la participación de la Asesora de Menores frente a la actuación omitiva o defectuosa de la progenitora asume un carácter principal (arg. art. 103 del CCyC) en defensa de los intereses de la persona menor de edad involucrada.

Por último resta decir que lo que aquí se resuelve es sin perjuicio del derecho personalísimo de S. que, contando con el grado de madurez suficiente, podrá solicitar por sí mismo la prueba de ADN, si este es su deseo y el mismo responde a su derecho a conocer la verdad de su origen biológico, por encima del emplazamiento filial obtenido judicialmente, sin que pueda anteponerse ningún valladar formal ni la cosa juzgada recaída en el proceso anterior, que si bien también poseen rango constitucional (arts. 17 y 18 CN) no reviste la entidad del derecho humano a la identidad consagrado por los tratados internacionales (artículo 75 inciso 22, art. 19 y cc. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 y cc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 18 y cc de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

**IV.2.-** En tanto se revoca la decisión venida en revisión de esta alzada, corresponde resolver sobre la cuestión accesoria de las costas que, atento a la forma en que se resuelve, corresponde que se impongan al actor por resultar vencido, de conformidad con el principio objetivo de la derrota de raíz chiovendana (arts. 35 y 36 ap. I del CPC).

Los honorarios profesionales se regularán de conformidad con el art. 10 de la ley de aranceles, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el mismo, especialmente, el trabajo realizado por las letradas y el tiempo de desempeño, lo que

surge en autos de la situación de las partes, la novedad de la cuestión planteada y su trascendencia para los derechos involucrados, teniendo en cuenta en cada caso la calidad desempeñada y las actuaciones en las que han intervenido.

**V.-** Las costas de alzada instancia se impondrán al Sr. N. J. H. como parte vencida (arts. 35 y 36 ap I del C.P.C.).

Por todo lo cual, el Tribunal

**RESUELVE:**

**I-** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 99 por el Ministerio Público Pupilar en contra del decisorio recaído a fs. 93/98 el que se modifica quedando redactado como sigue:

**“I.-** Hacer lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta por la Sra. Asesora de Menores e Incapaces a fs. 33/34 y en consecuencia ordenar el archivo de las presentes actuaciones.

**II.-** Imponer las costas al actor que resulta vencido (art. 35 y 36 ap. I del CPC).

**III.-** Regular honorarios a la Dra. M. C. V. en la suma de pesos doce mil (\$ 12.000), a la Dra. M. A. De B. en la suma de pesos siete mil doscientos (\$ 7.200) y a la Dra. María Carolina Cohen en la suma de pesos cinco mil cuatrocientos (\$ 5.400) (arts. 3, 10 y 31 ley 3641)”.  
**II-** Imponer las costas de alzada al Sr. N. J. H. como parte vencida.  
**III-** Regular los honorarios de segunda instancia de la Dra. M. C. C. en la suma de pesos cinco mil cuarenta (\$ 5.040) (arts. 3 y 15 ley 3641).

**COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE y BAJEN.**

*Dra. Estela Inés Politino*  
*Juez de Cámara*

*Dr. Germán Ferrer*  
*Juez de Cámara*

*Carla Zanichelli*  
*Juez de Cámara*