

El padre lo había reconocido, pero no era su hijo. El ADN no miente.

Fallo completo.

En la ciudad de Mendoza, a los veinticinco días de agosto de dos mil once se reúnen en la **Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario**, los Sres. jueces titulares de la misma, Dres. Horacio Gianella, Gladys Marsala y Silvina Furlotti y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 46.961/05-35.738 caratulada: "D. B, D CONTRA P. L, T POR IMPUGNACION DE LA FILIACION - NULIDAD DE RECONOCIMIENTO", originaria del Primer Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, venido a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 271 por la P. L. T. por su hijo menor y el abogado Omar Esteban Fornetti, por sus honorarios contra la sentencia de fecha 24 de setiembre de 2009, obrante a fs. 258/265 que hizo lugar a la acción de impugnación de reconocimiento entablada por el Sr. D. G. D. B. contra el reconocido L. D. B. T. y, en consecuencia, desplazar a éste del estado de hijo de aquel, ordenó la caducidad de la inscripción del nacimiento, debiendo extenderse una nueva inscripción, consignando sólo el nombre de la madre P. L. T., sin filiación paterna, por lo que pasará a llamarse L. T., impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

Habiendo quedado en estado de resolver los autos a fs. 325, se sorteó la causa de conformidad con lo determinado por el art. 140, el que arrojó el siguiente orden de votación: Dres. Marsala, Gianella y Furlotti.

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

PRIMERA: ¿Es nula la sentencia apelada?

SEGUNDA: ¿Si no lo es, es justa?

TERCERA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION LA DRA. GLADYS DELIA MARSALA, dijo:

1. Se elevan estos autos a la Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 271 por la P. L. T., por su hijo menor y el abogado Omar Esteban Fornetti, por sus honorarios contra la sentencia de fecha 24 de setiembre de 2009, obrante a fs. 258/265 que hizo lugar a la acción de impugnación de reconocimiento entablada por el Sr. D. G. D. B. contra el reconocido L. D. B. T. y, en consecuencia, desplazar a éste del estado de hijo de aquel, ordenó la caducidad de la inscripción del nacimiento, debiendo extenderse una nueva inscripción, consignando sólo el nombre de la madre P. L. T., sin filiación paterna, por lo que pasará a llamarse L. T., impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

2. A fs. 294/306 expresa agravios la apelante, los que permiten ser sintetizados así:

a. Se agravia porque la sentencia no consideró la acción de nulidad del reconocimiento, es decir, manda a desplazar el estado de familia del menor, sin resolver sobre la acción de nulidad de reconocimiento.

Aduce que el actor basó el desplazamiento del estado de hijo de L. en que el vínculo biológico no existía (impugnación) y que el reconocimiento estaba viciado por dolo de la madre de L. (nulidad del reconocimiento); dos acciones fueron entabladas y ambas están consideradas en el art. 263 CC.

Sostiene que la parte actora no ha probado la existencia de un elemento impeditivo de efectos del acto jurídico de reconocimiento, o sea, no ha probado la incapacidad, ni la falta de discernimiento ni la existencia de algún vicio de la voluntad, el actor afirmó que la Sra. T. lo engañó, pero este hecho fue negado, por lo que debió ser objeto de prueba.

Entiende -siguiendo a Mazzinghi- que el autor del reconocimiento solo podrá llegar a discutir la realidad biológica a través de la nulidad del acto por el cual tuvo por hijo a otra persona, entonces, la a-quo debió analizar necesaria y minuciosamente la procedencia de la acción de nulidad entablada.

b. El otro agravio lo constituye el desconocimiento reiterado de la titularidad del derecho a la identidad. Considera que sostener que lo más importante es la realidad biológica, implica subordinar el estado de familia a la realidad biológica, lo que es contrario, en el caso, al interés superior del niño; afirma sólo L. puede ejercer su derecho a la identidad.

c. El tercer agravio finca en el desconocimiento de la posesión de estado.

d. El cuarto agravio estriba en la falta de legitimación del actor.

Entiende que si un persona, haya o no nexo biológico, reconoce a otra como hijo, sin que existe vicio de la voluntad, debe regir el art. 248 CC y por ello, el reconocimiento así hecho es válido e irrevocable, nunca puede depender del reconociente a revocabilidad o no del estado de familia, si no se ha probado la existencia de vicio de la voluntad que anule el reconocimiento.

e. Como quinto agravio impugna la convicción que emerge de la prueba del ADN, solicitando que no se la considere al resolver.

f. En el sexto agravio pide que se excluya la prueba de histocompatibilidad

g. Por último se agravia la Sra. T. y el Dr. Fornetti porque los honorarios regulados son bajísimos, no discuten la aplicación del art. 10 Ley 3641, pero no se ha fundado la misma, no ha reparado en la cantidad de trámites de la causa, no ha considerado que, el letrado tiene su estudio en Mendoza debiendo desplazarse a la Tercera Circunscripción.

Esgrime que no se han regulado honorarios por el hecho nuevo admitido y de la nulidad ganada; tampoco ha impuesto las costas por el recurso de reposición resuelto a fs. 132 ni regulado honorarios.

Solicita se regulen \$20.000 para el patrocinio total de la parte demandada y a regular los honorarios por los incidentes y recursos habidos.

3. A fs. 309/311 contesta la recurrida a cuyas consideraciones me remito breviter causae.

4. A fs. 318 dictamina el Ministerio Pupilar.

5. A fs. 323 y vta. dictamina el Sr. Fiscal de Cámaras.

6. A fs. 325 se llaman autos para resolver.

7. Anticipo mi opinión adversa a la suerte del recurso intentado.

7.1. De conformidad con el art. 141 inc. III del CPC corresponde me pronuncie - primero- sobre el planteo de nulidad efectuado por la apelante y que viciaría la sentencia de nulidad.

Mis colegas de la Excma. Cámara Quinta tienen resuelto que ".cabe recordar -siguiendo las enseñanzas del maestro Podetti- que la nulidad procesal es la ineficacia del acto por defecto de sus elementos esenciales, que le impiden cumplir con sus fines, siendo su objeto y fin el resguardo de una garantía constitucional lo que permite limitar estrictamente las nulidades a los casos de

indefensión y aseverar que no existen nulidades absolutas porque todas son convalidables."

"Estos conceptos son aplicables al recurso de nulidad (Podetti Ramiro, Tratado de los Recursos, pág. 241, Bs. As. 1958) ".El recurso de nulidad comprende agravios ocasionados por defectos en el procedimiento, no convalidados, o en la sentencia. Los defectos en la sentencia, a su vez, abarcan los vicios de forma y los de contenido de la misma. Los vicios intrínsecos -en principio- no dan lugar a una declaración de nulidad, debiendo aplicarse un criterio restrictivo y limitarse su procedencia exclusivamente a los casos en que el vicio no puede ser subsanado mediante la apelación. Ello ocurre, por ejemplo, cuando existe déficit en la constitución del tribunal (juez incompetente), ausencia total de fundamentos, violación de lo establecido en el art. 1101 del C.C., falta de firma, etc. En los defectos de contenido Podetti incluye los supuestos de omisiones, las extralimitaciones o decisiones que exceden el litigio y los vicios en cambio o errónea calificación de las cuestiones litigiosas o del derecho aplicable y la falta de concordancia entre los fundamentos y la parte dispositiva. Todos -aclara- afectan la justicia del pronunciamiento y considera que, en principio, resulta natural que se omita la invalidación, debiendo restituirse la justicia mediante la revocación o modificación del pronunciamiento defectuoso."

"Las omisiones pueden ser de pronunciamiento, de fundamentación o de consideración de hechos o citas legales. Las omisiones de pronunciamiento sólo justifican la nulidad cuando son graves; las de fundamentación sólo dan lugar a la nulidad cuando son totales y las de consideración de hechos o pruebas deben ser subsanadas mediante la apelación."

"Las extralimitaciones del decisorio pueden derivar del tratamiento de cuestiones no planteadas, de cuestiones planteadas extemporáneamente y de cuestiones planteadas, pero en menor extensión. En los dos primeros casos debe declararse la nulidad de la resolución dictada y en el restante corregirse el defecto mediante la apelación. En el último supuesto de defectos de contenido, sólo procede la nulidad cuando existe cambio o errónea calificación de las cuestiones litigiosas, pues evidentemente el pronunciamiento versa sobre una cuestión ajena a la litis y por ende es extra petita."

"Los supuestos de falta de concordancia entre los fundamentos y la parte resolutive deben ser subsanados mediante la interposición del pertinente recurso de aclaratoria y si no se corrigen, deben ser enmendadas mediante el pertinente recurso de apelación." (conf. autos Nro. 4375 caratulados Consorcio Edificio Coimpro c / Le Donne, Rigoberto Pascual " LS 014-464)

En el sublite las deficiencias esgrimidas por el apelante pueden corregirse a través de la apelación por lo que corresponde desestimar el pedido de nulidad de la resolución.

7.2. Estimo que -ante todo- debo despejar de los agravios esgrimidos por la recurrente los que ya han sido resueltos por esta Alzada a fs. 188/192 y sobre los que vuelve innecesariamente: a) la obtención de la prueba de ADN -punto 8.a.2.- y b) la prueba de ADN -punto 8.b.1-; en consecuencia, abordaré las críticas referidas a la omisión del tratamiento de la acción de nulidad; a la legitimación del actor; los efectos de la posesión de estado; al derecho a la identidad y honorarios.

7.2.a. Las acciones intentadas

En su demanda dice la actora a fs. 10 y s u vta: ".que vengo en legal tiempo y forma a iniciar acción de impugnación de filiación y nulidad del acto de reconocimiento."

Cuando funda la legitimación activa señala -citando al art. 263 del CC- ".en este caso la legitimación estaría -además del art. 263 del CC- por el engaño causado por la madre del menor, quien dolosamente hace creer en la conciencia del Sr. D. B. esta errónea situación de paternidad y encontrándose viciado el consentimiento en el acto jurídico de reconocimiento, que con posterioridad al mismo por el rumor de esta desafortunada situación y lo que se plantea con respecto a la incompatibilidad en el grupo sanguíneo, apreciación que médicamente se presenta como categórica, es lo que lleva al actor a iniciar este proceso para poder rescatar la verdad, "acreditada la existencia de un vicio de error que afectó la voluntad de quien reconoció la paternidad de un menor, tal acto resulta anulable en los términos del art 1.045 CC sin perjuicio de demostrarse la inexistencia de vínculo biológico entre reconociente y reconocido, sobre el cual el impugnante no tuvo conocimiento cierto al momento del reconocimiento."

Concuero con la apelante en que la Sra. Juez a-quo no trató la acción por nulidad del acto reconocimiento a pesar que en autos se demandó por impugnación de filiación y por nulidad del acto de reconocimiento. Enseña Sambrizzi la diferencia que existe entre la impugnación de un reconocimiento (tiene como alcance dejar sin efecto el reconocimiento por no ser el reconocido hijo biológico del o de los que lo reconocieron como tal) y la nulidad del acto de reconocimiento (ataca la validez de dicho acto jurídico) (Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia", Tomo V, pág. 634, La Ley 2010).

En otros términos, puede decirse que la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial controvierte el nexo biológico entre reconociente y reconocido; en cambio, la de nulidad ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva, (del voto del Dr. Hankovits, C Civ. Y Com Dolores, 04/12/2008, LLBA 2009 (febrero) 86), pasando a un segundo plano si quien reclama la anulación es en verdad el padre.

Entonces, en el primer caso, la impugnación del reconocimiento puede ser materno (arts. 261 y 262, Cód. Civil), o paterno (matrimonial -arts.258 y 259 - o extramatrimonial -263); por su parte, la nulidad procederá cuando el reconociente careciere de capacidad para reconocer a un hijo (ser menor de 14 años, demente declarado, sordomudo que no sepa darse a entender por escrito) o por alguna deficiencia en el acto (no reunir las formas requeridas; que se refiera al reconocimiento de un hijo que ya fue reconocido por otra persona; por mediar alguna circunstancia que torne imposible el acto, como ser que el reconocido sea mayor que quien lo reconoce), o por algún vicio de la voluntad (error, dolo o violencia en el acto).

Ahora bien, corresponde hacer una disquisición con respecto a la nulidad basada en un error, ésta sólo podrá argüirse cuando el error no derive de la propia torpeza, esto es, siempre y cuando haya sido excusable y lo haya llevado al nulidicente a practicar el reconocimiento (CNCiv, Sala K, ED 19-29).

Si bien mediante la impugnación de paternidad como por la acción de nulidad el reconocimiento cae, la distinción es esencial por cuanto la anulación del acto viciado no impide en el futuro un nuevo reconocimiento mediante acto válido. Por el contrario, los efectos de la cosa juzgada en la acción de impugnación del

reconocimiento, si prospera, hacen imposible su reiteración, ya que, en este caso, la sentencia que acoge la acción declara inexistente el nexo biológico que determina la procreación y es el sustento del reconocimiento (conf. Zannoni Eduardo A, Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, pag. 477, Astrea, 3ra, ed, Buenos Aires, 1998).

En concordancia con lo antecedente ha dicho el Cuerpo que integro con el voto preopinante de la Dra. Varela de Roura -al que adherí- ".la acción de nulidad no controvierte el nexo biológico entre reconociente y reconocido sino que ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por el vicio de error, que hace a su eficacia constitutiva. (BELLUSCIO, Augusto C., Manual, t. II, pág. 206, n° 475; BUSSO, Eduardo A., Código Civil anotado, t.II, comentario al art. 335, n° 7; ALBALADEJO, Manuel, El reconocimiento de la filiación natural, pág. 208 y sigtes.).".

".Advierto al respecto que esta acción no contemplada en la ley como acción de filiación, surge de una construcción doctrinaria jurisprudencial aplicando los principios generales de los actos jurídicos.".

".Así lo admitió la Suprema Corte de Buenos Aires al sostener que el propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento, ya que si éste es válido, asume el carácter de irrevocable. Ello no impide que pudiera accionar por su nulidad, pero en tal caso debería acreditar la existencia de algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona del reconocido o que fue compelido por violencia o intimidación (conf. Ac. 51.322, sent. del 7-XI-1995 en "D.J.B.A.", 150-27; "Acuerdos y Sentencias", 1995-IV-131; Ac. 86.639 S 27-10-2004). Esta vía de alegación de vicios del consentimiento, esencialmente el error o el engaño del que fue objeto es lo que habilita la acción de nulidad (conf. Bossert G. -

Zannoni E. "Régimen Legal de filiación y patria potestad", ed.Astrea, 2 reimpresión, pág 248, año 1987).".

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, declaró la nulidad de un reconocimiento de una hijo practicado en virtud de una acción dolosa de la madre de la menor, que indujo a error al reconociente, convenciéndolo de la paternidad cuando, por lo menos aquella podía suponer que existía otro presunto padre, lo que fue confirmado por los estudios genéticos que revelaron que el actor no era el padre de la menor (ED 194-478).

De las constancias de autos surge que la actora y el demandado tuvieron relaciones íntimas, luego la primera le comunica el embarazo, siendo ello así, como señala Solari ".cuando hubiere un margen de duda al momento de efectuarse el reconocimiento, la relación afectiva de pareja condice con la razonabilidad del reconocimiento de la paternidad y la duda, no permite, necesariamente, deducir que el hijo de la madre no es suyo. Ello así, porque partimos de un hecho objetivo, cual es la imposibilidad lógica de saber con certidumbre el vínculo biológico, pues, como dice Goethe 'la paternidad es una cuestión de confianza', desde que no hay hechos manifiestos y concretos que lleven al individuo a constatar su vínculo paterno, a no ser, claro está, si recurre a las pertinentes pruebas biológicas".

Tengo para mi -discrepando con la quejosa- que la prueba del engaño surge de la prueba de ADN practicada en el sub examine que acredita la inexistencia de nexos biológicos entre el actor y el menor, pues como bien dice Josefa Méndez Costa ".frente a un reconociente que pretende la anulación del reconocimiento por error o por dolo, basta al que defiende la filiación demostrar que el demandante es verdaderamente padre o madre del reconocido (Derecho de

Familia, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo III-B- pág. 783). En estos autos ha quedado acreditado que el actor no es el padre de L..

De lo expuesto surge la procedencia de la acción de nulidad de reconocimiento.

7.2.b.Legitimación activa del reconociente en el caso de impugnación del reconocimiento.

Una magnífica reseña del estado actual de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema ha efectuado Mariano Otero en "Impugnación de paternidad extramatrimonial. Legitimación del reconociente y plazo de caducidad de la acción", publicado en la LL 13/06/2011, allí dice: ".aun cuando el art. 263 se refiere en general a "los demás inte-resados", parte de la doctrina y algún precedente jurisprudencial consideran que el propio reconociente carece de legitimación para impugnar una paternidad extramatrimonial."

".Se ha sostenido que la falta de legitimación del progenitor extramatrimonial reconociente para impulsar la acción de impugnación de filiación protege el interés superior del niño, y dicha limitación cederá sólo si aquél demuestra el interés que el art. 263 del Código Civil requiere para deducir la pretensión." (LLBA 2009 (febrero) 86)

".Dicho criterio es atemperado, al señalar que cuando se hubieren acompañado con el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial elementos de prueba que evidencien la inexistencia de nexos

biológico, el reconociente se encontrará legitimado para impugnar el reconocimiento." (LLBA 2009 (febrero) 86).

".También se decidió que el propio reconociente no puede impugnar judicialmente el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, ya que si dicho acto es válido, asume el carácter de irrevocable, siendo contraria dicha negativa, además, con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, sin perjuicio de que pueda accionar por su nulidad acreditando la existencia de algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona objeto de reconocimiento o la existencia de violencia o intimidación." (SCBA, 27/10/04, "P, O. M. c A, D. H. y otro", LLBA 2005 (marzo) 172).

".Algunos autores han empezado a inclinarse por la posibilidad de conceder legitimación activa al reconociente para impugnar la paternidad. En esta línea de pensamiento, Ibarlucía afirma que el interés superior se traduce en no permanecer con una identidad falsa, pues la verdad debe primar ante todo, aun cuando ello pueda aparejar una pérdida del sostén económico. Podrá decirse que tal emplazamiento no es definitivo porque el hijo en cualquier tiempo puede impugnar el reconocimiento (art. 263), pero es que el "interés superior del niño" debe concretarse en t tiempo presente, precisamente mientras es niño, crece y se desarrolla." (Ibarlucía, Emilio, La impugnación de paternidad por el padre reconociente, a la ley de los nuevos paradigmas constitucionales de la identidad biológica y el interés superior del niño, LL-2000-F).

".Por su parte, Solari también considera que el reconociente cuenta con legitimación activa para impugnar la paternidad extramatrimonial, indicando que no puede alegarse el principio de que la persona estaría invocando su propia torpeza, en virtud de que lo que debe buscarse es el esclarecimiento de la verdadera

filiación de quien se trata. Así, en determinadas situaciones el ordenamiento jurídico, en virtud de la jerarquía de derechos en juego, subsume aquel principio general -teoría de los propios actos- en mérito de otro, por considerarlo de mayor jerarquía, en el caso concreto." (Solari, Néstor, "La legitimación activa del padre reconociente para impugnar el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, DJ 2006-3-683).

Para que ello ocurra, el impugnante debe haber procedido con la debida diligencia al momento de reconocer a un niño como propio. En ese sentido, quien reconoce su paternidad extramatrimonial, no obstante dudar sobre su veracidad, y luego la impugna, procede con torpeza sin medir el daño que podía causar a una víctima cierta, tornando abusivo el derecho de hacer lo que la ley no manda -art. 19 de la Constitución Nacional, como deber genérico de no dañar al otro- (del voto de la Dra.Cernuschi, Tribunal Colegiado de Familia de Quilmes, LLBA 2000-77) imponiéndose el rechazo de la acción."

".Sin embargo, debe admitirse una duda razonable de parte de quien efectúa el reconocimiento, pues es casi imposible que un hombre esté 100% seguro de que un niño es realmente su hijo."

".Nótese que cuando se controvierte el nexo biológico entre el reconociente y el reconocido, también puede hablarse de una duda o de falsa información sobre la paternidad que se estaba reconociendo. Por ende, dicha circunstancia representa otro elemento para sustentar una acción de impugnación de paternidad, siendo del caso aclarar que sólo será atendible cuando la duda sea excusable."

"Al ser ello así, el problema pasa por determinar cuándo puede considerarse que medió una duda razonable sobre la paternidad que estaba reconociendo. Advierto que hay distintas cuestiones que pueden ayudar a descifrar cuándo la duda es razonable y cuándo no lo es."

".En esa inteligencia, la duda será razonable cuando dependa -entre otra- de las siguientes hipótesis: del tiempo que llevara la relación que une al reconociente con la progenitora del menor; si al tiempo de la gestación vivían en concubinato o en casas separadas; si al tiempo de la gestación eran novios o si el trato entre ambos estaba basado en relaciones sexuales esporádicas; si el niño no se parece ni a la madre ni al padre que lo reconocieron; si se parece mucho a un tercero."

".No admitir la existencia de una duda razonable y negarle al reconociente el derecho a accionar por impugnación de paternidad por considerar que nadie puede ir en contra de sus propios actos podría derivar en el absurdo que ante el nacimiento de un hijo quienes se consideren progenitores deban hacerse estudios para corroborar que el ADN es el mismo, y de esa manera descartar toda duda relativa a que el niño que está reconociendo realmente es propio; de lo contrario, el accionar de todo reconociente debería ser tildado de "poco diligente", con lo cual carecería de la posibilidad de cuestionar una paternidad que se le atribuye en virtud del reconocimiento que oportunamente realizara."

".A lo expuesto, debe agregarse que el verdadero "interés superior del niño" debe tender a conocer la verdadera identidad personal del menor, lo cual en su faz estática incluye al derecho a conocer la identidad biológica, extremo que fuera sostenido en las conclusiones generales por la mayoría de la Comisión Nº 1 de las

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuviera lugar en la ciudad de Buenos Aires del 25 al 27 de septiembre de 1997."

".Por último, no debe soslayarse que el principio de igualdad de las filiaciones hace razonable este criterio, pues si el marido puede impugnar su paternidad, no debe negarse el mismo derecho al padre extramatrimonial si tomó conocimiento que no es el padre del nacido (Grosman, Cecilia, en Bueres-Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Tomo IB, pàg. 358).

7.2.c.El derecho a la identidad

Respetuosamente discrepo con la apelante cuando sostiene que el derecho fundamental de L. no es conocer su realidad biológica sino mantener el emplazamiento de estado de hijo y que, el derecho a la identidad es un resorte exclusivo y excluyente del niño.

Dice Mariano Otero, citado supra: ".La insistencia en lograr la mayor concordancia posible entre la realidad biológica y el estado de familia de una persona -consecuencia obligada de la consagración del derecho a la identidad- es una de las más importantes tendencias del derecho de familia actual, sin duda impulsada por el avance de las técnicas científicas, que permiten establecer con un ínfimo margen de error los vínculos de sangre existentes entre las personas. Dicha tendencia se refleja, por un lado, en la eliminación de las trabas establecidas normativamente a la posibilidad de adecuar cada emplazamiento a la realidad material subyacente, y por el otro, en la importancia creciente que

adquieren las pruebas biológicas en los procesos de familia (Picasso, Sebastián, La preeminencia del derecho a la identidad y de la realidad biológica en un interesante precedente, LL 2004-B-970)

".La identidad de una persona no puede basarse en una mentira, principalmente cuando las nuevas técnicas de evaluación otorgan un mínimo porcentaje de error (y por consiguiente, un elevado grado de certeza); además para efectuar el peritaje de polimorfismo de ADN pueden utilizarse técnicas no invasivas, ya que no es necesaria la extracción de sangre; puede procederse a lo que se denomina "colección indirecta", mediante saliva, piel o cabello." (LL 2009-E-380).

".No desconozco la importancia de consolidar un estado de familia, pero considero que el "interés superior del niño" al que se refieren los tratados internacionales, a los que nuestra Constitución Nacional otorgó rango constitucional, debe ser valorado adecuadamente, pues qué mejor que toda persona conozca quién es, de dónde viene, cómo está formado su grupo familiar; y no tengo dudas que cuanto antes conozca "su realidad biológica" menor será el daño. Además, el principio de consolidación del estado de familia cae ante la propia redacción del art. 263, al otorgarle al hijo la potestad de impugnar la paternidad extramatrimonial en cualquier momento (lo mismo ocurre con el art. 259).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 13/04/2011, B., A. c. G. V. C. publicado en: LA LEY 13/06/2011, 5, con nota de Mariano C. Otero; LA LEY 2011-C, 497, con nota de Mariano C. Otero; LLLitoral 2011 (agosto), 791, Cita Online: AR/JUR/15521/2011, tuvo ocasión de pronunciarse agudamente sobre el tema al declarar la inconstitucionalidad del

plazo de caducidad contenido en el art. 263 CC, allí dijo: ".El art. 263 del Cód. Civil, establece: "El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento".".

".El análisis de la eficacia constitucional de esta norma referida a la filiación, en cuanto involucra derechos fundamentales que se ejercen en la órbita familiar, debe ser abordado en un marco legal específico, que no es otro que el suministrado por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Const. Nac.), que impone a la legislación de fondo nacional la debida adecuación de sus preceptos a dicho tejido normativo, so riesgo de que en caso de colisión, deba otorgarse primacía a los derechos que allí se encuentran consagrados. La judicatura, en este aspecto, debe hacer lo que se conoce como "control de convencionalidad".".

".En este lineamiento, y para el caso traído a decisión, el plazo de caducidad de dos años a contar desde el reconocimiento, que impide tanto al reconociente que no es el padre biológico como a este último, impugnar el reconocimiento vencido dicho plazo de caducidad, resulta inconstitucional e inconvencional frente a la Constitución Nacional, por no adecuarse a las directrices contenidas en dicho complejo normativo (arts. 28, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac. y art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).".

".En este mismo sentido se ha pronunciado en un caso similar (se trataba del pedido de inconstitucionalidad del mismo plazo del art. 263, pero formulado por

el padre biológico no reconociente), la Cámara de Familia de la 2a. Nominación de la ciudad de Córdoba, en autos: "M., W.D. c. C.M.M y otro", (LLC 2010 -marzo-227), por los siguientes fundamentos que compartimos y que, en breve síntesis, reproducimos a continuación:."

".a) Tal normativa vulnera el derecho a la identidad del accionante, de raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional y arts. 3 y conc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", art. 6 y conc. de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos), definido como "el derecho a ser uno mismo", y a "no ser confundido con los otros", y que puede ser entendido de modo estático (en el sentido de conservar lo que he sido) o dinámico (como el derecho de asumir nuevas condiciones, o a cambiar las actuales) (c onf. Sagüés, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs. As., 2003, pág. 343).".

".En efecto, tal como está configurado el plazo de caducidad, en la ley se violenta el derecho de defensa en juicio de la actora y su derecho de ser oído con las debidas garantías legales (art. 18 de la Const. Nac.y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello también atenta contra el derecho de identidad biológica del menor, de jerarquía constitucional (arts. 7, 8 y conc. de la C.D.N. y art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional), colocando al niño como objeto de derechos, obligándolo a mantener una filiación que no condice con su verdadera realidad biológica.".

".b) Cabe señalar que si bien el derecho a la identidad del hijo menor tiene raigambre constitucional, por tratarse de un derecho personalísimo, el único legitimado para su defensa es su propio titular. No obstante tal afirmación, el planteo de inconstitucionalidad formulado por el reconociente padre no biológico

no queda privado de contenido, desde que el derecho a acceder a la verdad biológica y con ello propender a la tutela de la identidad personal, es también un derecho del padre."

".Este derecho, no es otro que el derecho a la identidad, que en la especie se traduce en el derecho a establecer la verdadera filiación con todas sus derivaciones, lo que implica que él no sea tenido legalmente como padre de quien "biólogicamente" no es padre."

".La "identidad" es lo que "uno es", frente a sí mismo y frente a los demás. Es una "situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a que se le conozca y defina en su "verdad personal", tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser "el mismo" y no "otro". Ante el derecho de la persona, se yergue el deber de los demás de respetar la "verdad" que cada cual proyecta, de modo objetivo, en su vida de relación social" (Fernández Sessarego, Carlos. "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág.115)."

".En la identidad personal los intereses comprometidos son la libertad y la verdad, ya que "no sólo interesa la tutela de la verdad personal o fidelidad de la representación del sujeto en la comunidad, sino también la posibilidad misma de forjar una identidad y de actuar acorde con ella" (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas (integridad espiritual y social)", Vol. 2 C, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1994, p. 208 y ss.)."

".c) Debido a que el contenido de los derechos involucrados es amplísimo, son numerosas las manifestaciones que se derivan de este derecho a la "identidad personal", entre ellas, y en lo que aquí interesa: el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, derecho a transformar la identidad personal, derecho a la verdad sobre la propia identidad personal, derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena. Precisamente respecto al "derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar", se señala que "la necesidad que experimentamos de sentirnos parte del mundo y de comunicarnos con próximos y prójimos, no puede satisfacerse cabalmente sin saber quién es uno, cuál es el pasado propio y si existen y cómo son los lazos básicos que vinculan con otros; en suma, sin el acceso a la completa verdad histórica del propio ser." (Zavala de González, Matilde, ob.cit., p. 229).".

".De lo hasta aquí expuesto queda claro que el reconociente padre no biológico detenta un interés legítimo para accionar, pues un concepto amplio del derecho a la identidad personal, comprende las relaciones familiares y los correlativos estados de familia que éstas generan (padre-hijo-hermanos). El desarrollo de dichas relaciones resulta, sin lugar a dudas, un elemento de suma importancia en la constitución de la identidad de cada persona, de modo que, un desenvolvimiento forzado de relaciones sin otro sustento que el derivado del imperativo legal, produce importantes alteraciones en la identidad de un progenitor.".

Más adelante se dijo:".el derecho a conocer la verdad biológica es un componente del derecho a la identidad personal, va unido al derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación entre quienes están unidos por vínculos biológicos, y al derecho a probar el verdadero estado de familia (aspecto dinámico del derecho a la identidad); y en el caso de autos, no caben dudas que la norma que impide

impugnar la paternidad extramatrimonial de quien se encuentra emplazado actualmente como padre del niño, a raíz de que reconoció al hijo como suyo, de cara a una realidad biológica que revela precisamente lo contrario, implica una restricción irrazonable que lesiona esos derechos fundamentales."

Señalaron que ".6) Se lesionan además derechos patrimoniales, pues la no correspondencia de la filiación con la verdad biológica, sujeta injustamente tanto al reconociente padre no biológico cuanto al hijo a consecuencias patrimoniales, comprometiendo derechos actuales y eventuales (prestación alimentaria, derecho sucesorio, etc.)."

7.2.c. Efectos de la posesión de estado

Comparto que ".padre no es el progenitor biológico, sino aquel que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares; y es precisamente asumiendo esa ley sociológica que el padre es el promotor de los vínculos donde rige el afecto permitiendo el equilibrado crecimiento del hijo; el promotor que habilita el acceso de éste a la cultura y da cauce a su normalidad psíquica. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural, y se asienta en razones de profunda comunicación intelectual y moral, de continuidad personal y de responsabilidad asistencial." (Mizrahi, Mauricio Luis, Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica, LA LEY 23/08/2004, 1), en el caso no existe tal realidad pues el apelante no logra destruir lo acreditado en autos: que L. tenía tres años cuando el actor dejó de tener contacto con él -ver fs 210- y en razón de la corta edad del niño es trascendental desentrañar la continuidad o no del emplazamiento.

En conclusión entiendo que tanto la acción de nulidad de reconocimiento como la acción de impugnación deben prosperar, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

7.2.d. Honorarios

Es criterio del Cuerpo que integro que ".cuando se tramita el recurso por el art. 40 del CPC no se puede plantear ni el Tribunal puede entrar a resolver otras cuestiones que no sean estrictamente cuantitativas, es decir, referidas a los montos de las regulaciones practicadas por el juez a-quo y a las normas de la ley arancelaria aplicable al caso. Admitir la posibilidad de discutir dentro del marco reducido del trámite previsto en la citada norma, la modificación del régimen de imposición de costas, implicaría una violación del derecho de defensa del contrario, a quien no se corre traslado de la pretensión del recurrente y por tanto, no ha tenido la posibilidad de ser oído sobre el planteo" (LA 80-269) en igual sentido resolvió la Cámara Primera (LA 155-275).

También en su composición actual ha juzgado: "El apartamiento del principio consagrado en los ya glosados art. 35 y 36, I del CPC -necesario pronunciamiento sobre costas y honorarios- sólo encuentra justificación en los acotados límites del pronunciamiento previsto en el art. 40 del mismo cuerpo legal, pues la apelación de honorarios -límites cuantitativos, denegatoria de regulación o diferimiento de los honorarios- genera el inmediato llamamiento de los autos para resolver y la posibilidad a los interesados de alegar razones, a favor o en contra, de lo decidido y apelado. Aún en los casos en que ninguno de aquellos exprese sus razones, el Tribunal está compelido a verificar que la regulación o su denegatoria es adecuada a la normativa sobre honorarios. Esta ausencia de

contradictorio es el centro de este sistema de apelación y la razón por la cual su trámite no devenga costas (LA 109-71).

Con respecto al art.10 de la ley 3641 hemos dicho que deben ser consideradas las distintas pautas que el referido dispositivo establece a los efectos de las regulaciones de honorarios.

".En efecto, sabido es que el principio general que domina todo el sistema arancelario, consagrado por la ley 3641, es el de la tarifa, más allá del acierto o no del mismo, régimen que "no puede ser obviado por los jueces, en tanto no está en su poder, el prescindir de la finalidad y objetivos que involucran su contexto" (Conf. S.C.J. Mza. Sala I, T 23-1996 Pons Guillermo p/Quiebra nec. por imp. s/ Cas." T 26 pág. 250 de la Revista del Foro de Cuyo).

".Por otra parte sólo excepcionalmente y cuando ningún procedimiento permita valorar el contenido económico del juicio, se debe acudir a la discrecionalidad sobre las pautas contenidas en el artículo 10 de la ley arancelaria, para la fijación de los emolumentos."

".Se ha dicho además por nuestro más Alto Tribunal en el fallo citado que: "El artículo 10 de la ley 3641 contiene la exigencia de que solo se considera juicio indeterminado, aquel que su objeto no puede ser valuado por ningún procedimiento. De tal manera que la aplicación de esta norma está limitada a supuestos residuales y excepcionales en donde en manera alguna pueda valorarse el objeto del pleito", agregándose que "la calificación de un proceso como susceptible o no de apreciación pecuniaria directa corresponde efectuarla exclusivamente en función del contenido de la demanda, en donde se patentiza el

interés económico perseguido por la pretensión, con total independencia de las alternativas o contingencias del iter procesa l" (Quinta Cámara de Apelaciones decisión del 28/03/07 autos "Bellene Ramón c/ Abraham Eduardo y otros p/ BSL).

La Sra. Juez de la instancia precedente conforme con el art.10 Ley 3641 y teniendo en cuenta los incisos d), f), g) y h) y el resultado de los distintos recursos e incidentes regula a los Dres. Griselda Ruggieri y Omar Esteban Fornetti la suma de \$. a cada uno y al Dr. Sebastián Arancibia la suma de \$., a los Dres Janet Maldonado y Ricardo Ruiz Moreno la suma de \$. a cada uno y a las Dras. María Laura Ots y Florencia Adaro la suma de \$. a cada una.

Sostienen los recurrentes que sólo ellos han apelado por lo que debe dejarse incólume la regulación de los abogados de la parte actora y del Dr. Arancibia.

Expresan que los honorarios son bajísimos, no discuten la aplicación del art. 10 Ley 3641, pero no se ha fundado la misma, no ha reparado en la cantidad de trámites de la causa, no ha considerado que, el letrado tiene su estudio en Mendoza debiendo desplazarse a la Tercera Circunscripción.

Esgrimen que no se han regulado honorarios por el hecho nuevo admitido y de la nulidad ganada; tampoco ha impuesto las costas por el recurso de reposición resuelto a fs. 132 ni regulado honorarios.

Solicitan se regulen \$. para el patrocinio total de la parte demandada y a regular los honorarios por los incidentes y recursos habidos.

Estimo que asiste razón a los apelantes, pero no en el monto peticionado, por lo cual considerando las actuaciones, el mérito de la labor desarrollada, el tiempo y que no se ha modificado la sentencia, los honorarios deben elevarse regulando la suma de \$. el Dr. Omar Esteban Fornetti, \$. para la Dra. Janet Maldonado y \$. para el Dr. Ricardo A Ruiz Moreno (art. 10 Ley 3641).

Corresponde así mismo proceder a la regulación de los honorarios por los recursos de reposición, hecho nuevo y nulidad, tal como se solicita.

ASI VOTO.

Sobre la segunda cuestión los Dres. Gianella y Furlotti dijeron que adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA GLADYS DELIA MARSALA, dijo:

Las costas de Alzada se imponen a la recurrente vencida (arts. 35 y 36 ap.I CPC).

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación:

SENTENCIA

Mendoza, 25 de agosto de 2011

Y V I S T O S: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

R E S U E L V E:

1. Rechazar el recurso de apelación incoado por la Srta P. T. a fs. 271, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 258/265 en lo que ha sido motivo de agravio.

2. Acoger el recurso de apelación por honorarios incoado a fs 271, en consecuencia, modificar el resolutive 4) de la sentencia de fs. 258/265 y su Aclatoria de fs 281 vta. de la siguiente forma:

".4) REGULAR HONORARIOS por la acción principal a los Dres. Omar Esteban Fornetti en la suma de \$.; Dra. Janet Maldonado en la suma de \$. y Dr Ricardo Ruiz Moreno en la suma de \$., dejando incólume el resto de las resoluciones."; por el Recurso de Reposición de fs. 92/94: Dr. Omar Fornetti en la suma de \$. y a la Dra. Griselda Ruggieri en la suma de \$. (art. 10 Ley 3641); por el Hecho Nuevo de fs 103/104: Dr. Omar Esteban Fornetti en la suma de \$. y Dra. Griselda Ruggieri en la suma de \$. por lo que se rechaza la solicitud de ADN y Dr. Omar Esteban Fornetti \$. y Dra. Griselda Ruggieri en \$. por lo que se admite el hecho nuevo; por el Incidente de Nulidad de fs 120/121: Dr. Omar Fornetti en la suma de \$.; por el Recuro de Reposición de fs. 132/133: Dr. Omar Esteban

Fornetti en la suma de \$. y Dra.Griselda Ruggieri en la suma de \$. (art. 10 Ley 3641).

2. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC).

3. Regular los honorarios profesionales de la siguiente forma: por el recurso de apelación por la acción principal: Griselda Ruggieri en la suma de \$.; Dr. Ricardo Ruiz Moreno en la suma de \$. y Dr. Omar Esteban Fornetti en la suma de \$. (arts. 10 y 15 Ley 3641), por el recurso de apelación resuelto a fs. 188/192: Dr. Omar Esteban Fornetti en la suma de \$. y Dra. Griselda Ruggieri en la suma de \$. por lo que se rechaza el recurso y \$560 al Dr. Esteban Omar Fornetti y \$. a la Dra. Griselda Ruggieri \$. por lo que se prospera (art. 10 y 15 Ley 3641).

4. La apelación por honorarios sin costas (art. 40 CPC).

NOTIFIQUESE Y BAJEN.