

Partes: S. R. M. c/ E. D. G. s/ impugnación de paternidad Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes 18-dic-2020

La prueba de ADN no debe ser producida si la menor manifestó su decisión de no conocer su realidad biológica ni someterse a dicha prueba.

Fallo:

En la ciudad de Corrientes, a los dieciocho días del mes de diciembre de dos mil veinte, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Guillermo Horacio Semhan, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente RXP No 4733/14, caratulado: «S., R. M. C/ E., G. D., A., M. I. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD (18.406/19)». Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri y Alejandro Alberto Chaín.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE:

CUESTION

¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

I. A fs. 214/223 la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Curuzú Cuatiá receptó el recurso de apelación interpuesto por el actor dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, y dispuso en su reemplazo la realización de la prueba pericial genética, luego de lo cual el a quo deberá dictar sentencia respecto de la identidad de las partes.

Disconformes, se alzaron los demandados patrocinados por el Sr. Defensor Oficial y la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en representación de la menor de autos, interponiendo los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley agregados a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. respectivamente.

II. Fundamentos de la Cámara:

En esa decisión, la Cámara abordó primeramente el recurso de nulidad que había sido desplegado conjuntamente con el de apelación, y sostuvo que si bien el procedimiento fue llevado al menos en forma desprolija, las quejas vertidas por el recurrente podían ser atendidas a través del recurso de apelación pues el tema con mayor conflictividad es si la prueba genética puede o no puede ser llevada adelante. Analizando el recurso de apelación argumentó que ese Tribunal ya se había pronunciado en una causa anterior, señalando que allí, al igual que en la analizada, surgían dos cuestiones esenciales, la primera, la negativa del menor a conocer la verdad de su vínculo paterno invocándose la necesidad de preservar el «interés superior del niño», y la segunda, la imposibilidad de someterlo compulsivamente al examen genético.

Coincidió parcialmente con la jueza de grado en aquella esa causa en el sentido que no debía llevarse adelante la prueba pericial genética de manera compulsiva, sino que debía oficiarse al Cuerpo Médico Forense para que procedan al secuestro de objetos de uso personal que contengan células ya desprendidas del cuerpo y/u otra similar a los fines probatorios, garantizando de ese modo la integridad e inviolabilidad corporal del niño, al igual que su libertad y dignidad personal, y recomendando que se extremen los cuidados para que se pueda contar con tales elementos. Ordenó también que procedieran de la misma forma para tomar las

muestras biológicas de la progenitora, ya sean espontáneamente aportadas o a través de objetos que deberá obtener en la misma diligencia probatoria.

Señaló que en la actualidad no puede prescindirse de los beneficios de la ciencia en las acciones de filiación como modo de alcanzar la verdad biológica, pues los demás métodos tradicionales, presunciones y demás pruebas se debilitan frente al adelanto que la ciencia proporciona con valor probatorio de certeza y eliminación de arbitrariedad y/o soluciones erradas o inadmisibles.

Agregó que en base a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, receptado en el art. 710 última parte del Código Civil y Comercial de la Nación, la carga de la prueba recae finalmente sobre quien está en mejores condiciones de probar. Además, la índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria pues no sólo está en juego el emplazamiento filial entre dos sujetos sino que existe un interés superior que debe protegerse, encontrándose los magistrados habilitados para disponer medidas probatorias de oficio así como también a mantener la igualdad de las partes en el proceso y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad y probidad.

Razonó que la búsqueda de la verdad biológica en la forma ordenada no atenta con la decisión del menor por varias razones, la primera, porque el decisorio prevé la extracción de material genético sin avanzar sobre su cuerpo y sin exigirle colaboración activa, resguardando el resultado hasta que el menor decida y necesite conocerlo.

Reconoció que la opinión del niño no resulta vinculante para el juez, de quien se exige desentrañar si la opinión del niño es genuina o se encuentra indebidamente influenciada por los adultos o cuando es contraria al interés superior del niño.

Refirió que en la actualidad existen medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el tribunal puede y debe echar mano antes de llegar al extremo de la coerción física (Cfr. CSJN, «Gualtieri Rugnone de Prieto»).

Destacó además que es indiscutible el derecho del menor de ejercitar en cualquier momento la acción de impugnación (art. 589 CCCN), sin embargo ello no puede esbozarse como un fundamento para sostener que el derecho a la identidad del menor no resulta conculcado, desde que hoy se requiere una respuesta jurisdiccional por parte de quién duda acerca de la existencia de un vínculo biológico. Ponderó que en la situación planteada se encuentran en pugna los derechos de ambas partes, por un lado el derecho del pretense padre biológico que busca acreditar su condición de tal, y por el otro, el de la pretense hija biológica que no quiere ver alterada su realidad familiar, aclarando que la determinación de lo primero no necesariamente debe conducir a lo segundo.

Advirtió que si la pretense hija biológica demandara al presunto padre y éste se negara injustificadamente a la realización de la prueba genética, todo el peso presuncional o cuando menos indiciario de la ley hubiera recaído sobre él, y hubiese autorizado tener por demostrado suficientemente el vínculo, preguntándose entonces por qué razón debe adoptar un criterio opuesto cuando quién reclamaba conocer la verdad biológica es el pretense padre y quien se opone es el pretense hijo/a. Y preguntándose también por qué razón renunciar a la verdad biológica aun cuando su resultado no debe conducir indefectiblemente a la alteración de la relación y los vínculos familiares del niño/a.

Expresó que al estar zanjada la legitimación del presunto padre biológico con el art. 590 del Código Civil y Comercial de la Nación para ejercer esa pretensión, no parece justo ni razonable impedirle la verificación del extremo invocado con la única base de la negativa de la niña, quién no vería menoscabada su integridad en el procedimiento a emplearse para la obtención de las muestras genéticas necesarias, así como tampoco habrían de modificarse o alterarse su relación y vínculo familiar.

En cuanto a las costas, las impuso por su orden en la instancia de apelación dado al alto grado de opinabilidad de la cuestión, mientras que las de la instancia de origen las dejó librada a la decisión que en definitiva se adopte sobre el fondo del asunto.

III. a) Recurso del Defensor Oficial: El Sr. Defensor de Pobres y Ausentes en la condición de patrocinante de los demandados interpone el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuyos agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) la sentencia de la Cámara aplica erróneamente la ley (art. 278, inc. 2o, CPCC) por haber inobservado el interés superior del niño, constitucionalmente protegido y reconocido en la Convención de los derechos del niño (art. 75 inc. 22, CN), así como del art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación que estatuye entre otros que su opinión sea tenida en cuenta; (ii) inaplica la sana crítica racional en la valoración e interpretación de las pruebas ocasionándole gravamen irreparable; (iii) considera que la Cámara no tuvo en cuenta que se trata de una adolescente, lo que permite presumir que posee una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención; (iv) priorizar el «interés superior del niño» significa que cuando el interés del niño se enfrenta a otros intereses, se hará prevalecer al primero, así surge del art. 3 in fine de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes No 26.061; (v) frente a las explicaciones realizadas en términos sencillos por los funcionarios intervinientes, la menor en la audiencia celebrada al efecto, manifestó en todo momento su voluntad invariable de no querer someterse al estudio de ADN, razonando el recurrente, que ante la colisión de intereses de la menor con los del actor se debía dar prioridad a la primera, pues es la parte más débil y necesitada de protección, cuya vulneración de derechos puede ocasionarle graves perjuicios durante la adolescencia por la cual se encuentra transitando y su posterior adultez; (vi) en base a lo normado en el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación si el demandado por filiación se niega a los exámenes y análisis, la norma prevé la consecuencia que trae aparejada la negativa, entonces no resulta factible la realización de la prueba genética de manera compulsiva pues de lo contrario la ley no hubiera previsto una consecuencia para la negativa, bastaría con la realización del análisis aún contra la voluntad del renuente. Y si lo anterior es aplicable a una persona mayor de edad, cuanto más para una adolescente que se encuentra con pavor justificado ante un planteamiento que modifica las bases de su propia existencia; (vii) en la recurrida no se ponderan las consecuencias negativas que a criterio de la profesional se producirían en la psiquis de la menor; (viii) la sentencia es contradictoria pues, primero refiere que no está en juego solamente el emplazamiento filial entre dos sujetos, sino que existe un interés superior que debe protegerse, para luego apartarse del principio que intenta proteger; (ix) reitera que en base a lo dispuesto por los arts. 26 y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación la Cámara no respetó la decisión de la menor, que en rigor no se trata de la expresión de una niña sino de una adolescente, lo que no implica en modo alguno de seguir sus dichos como si fuesen órdenes, sino de evaluar sus manifestaciones en el contexto del proceso en el que participa y adoptar una decisión que responda a su «interés superior»; (x) la Cámara omite analizar las pruebas de las que emerge la voluntad inequívoca de S., y las implicancias negativas que tendría para su desarrollo psicológico el hecho de llevar adelante la averiguación forzosa de su origen biológico; (xi) la Cámara incurre en el error de pretender justificar la obtención de muestras de ADN sin invadir físicamente a la menor, cuando la misma manifestó su rechazo, no por la invasión que la toma de una muestra implicaría sobre su cuerpo, sino por los temores y consecuencias que le ocasionaría su resultado; (xii) no existe fundamento para que la sentencia puesta en crisis sostenga que existe una conflictividad y desamparo emocional por parte de los progenitores -Sres. E. y A.- toda vez que la misma adolescente se encarga de expresar que no quiere hacerse la prueba de ADN porque ya tiene su familia, muchas tías, familia numerosa con un papá y una abuela que la aman con el corazón. b) Recurso de la Asesora de Menores: La Sra. Asesora de Menores en defensa de los intereses de la menor S. M. deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley pudiendo sintetizarse de la siguiente manera: (i) la sentencia es dictada en base a una absurda valoración de las pruebas, con afirmaciones dogmáticas y citas jurisprudenciales, y en absoluta contradicción al interés superior de la menor S. M., contemplado en el art. 3o de la Convención de los Derechos del Niño y de Ley No 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; (ii) la Cámara desoye la opinión de la joven S., quien no tiene ningún interés en saber si el demandante es su padre biológico, habiendo sido clara en señalar que con la práctica que se le pretende realizar siente amenazado el derecho a conservar su familia, su nombre, identidad y personalidad jurídica; (iii) realiza una absurda interpretación del principio del interés superior del niño, por cuanto, ante el conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño; (iv) la recurrida viola

el derecho a la identidad de la menor, el que se encuentra preceptuado y protegido por los arts. 7 y 8 de la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en razón del art. 75 inc. 22 de la CN; (v) la defensa a ultranza de ciertos principios como la identidad biológica, en abstracto son valiosos, pero confrontados con la realidad puede conllevar resultados aciagos, como acontece en el caso de autos; (vi) desatiende lo informado por la Lic. Valentina Ziperovich que refiere que la menor no está en condiciones de tomar una decisión de hacerse un ADN, que no está preparada aun para afrontar esa prueba, y que exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aun en formación; (vii) manifiesta que más allá de que la opinión de S. sea respetada de no realizarse la prueba de ADN, lo que se pretende es proteger a la familia de la joven.

IV. Examen de admisibilidad: Se tratan de recursos admisibles, pues se interpusieron dentro del plazo, impugnan una sentencia asimilable a definitiva, y los recurrentes se encuentran exentos de la carga del depósito económico. Ello pues, si bien el depósito para interposición de la impugnación extraordinaria local, como para la queja por su denegatoria (arts.272 y 279, CPCC), no participa de la naturaleza del impuesto o de otro tipo de gravamen fiscal ya que constituye una exigencia procesal para que el Superior Tribunal conozca del recurso (STJCtes. Res No 40/10; Fuero: Civil), se consideró razonable ampliar los casos exceptuados del art. 272, 3er. párrafo del CPCC, a las exenciones que prevé el art. 238 del Código Fiscal, y en general a todos aquellos supuestos que, conforme a las disposiciones de las leyes provinciales se encuentren eximidos de abonar la tasas de justicia. En ese sentido la cuestión venida a decisión de este Superior Tribunal se encuentra exenta del pago de la tasa de justicia y por ende de la carga del depósito económico, en razón de lo dispuesto por el art. 238 inc. j) del Código Fiscal. Por lo demás, los recursos cuentan con los recaudos técnicos para la apertura de la instancia extraordinaria, y dada la similitud de agravios, los mismos serán analizados en conjunto. Paso en consecuencia a pronunciarme sobre su mérito o demérito.

V. Legitimación activa.

Caducidad de la acción: La acción desplegada por el actor se enmarca en las previsiones del art. 593 del Código Civil y Comercial de la Nación que prevé: «ARTÍCULO 593.- Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos».

En efecto se trata de una acción de desplazamiento tendiente a dejar sin efecto el título de estado obtenido a través del reconocimiento, en el caso, el voluntariamente realizado por el codemandado Sr. G. D. E. el día 7 de septiembre de 2004 ante el Registro Provincial de las Personas bajo Acta No 530, Tomo 41 Ley 1878, Folio 65 v, del año 2004 (Cfr. Partida de Nacimiento de fs. 6).

El Código Civil y Comercial mantiene la legitimación activa amplia que establecía el art. 263 Código de Vélez, siendo esta la postura que adopta al regular todas las acciones de impugnación, con total independencia del tipo de filiación o de acción de que se trate.

En ese sentido, el presunto padre biológico se encuentra claramente legitimado para iniciar la presente acción contra el reconociente.

Con respecto al plazo de caducidad para promover la acción por parte de terceros que invoquen un interés legítimo -recordemos que los hijos lo pueden hacer en cualquier momento- se ha sostenido que la figura de la caducidad en sí no es inconstitucional, sino que la tensión constitucional se centra en el modo en que se la regulaba en el Código Civil derogado, por ello es que el Código Civil y Comercial modifica desde cuándo empieza a correr, estableciendo que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico el padre jurídico.

El plazo se unifica para todas las acciones en un año, a diferencia del anterior que lo fijaba en dos (art. 263). El término de inicio es del conocimiento del acto de reconocimiento o el conocimiento acerca de la no paternidad del hijo. Se señala que la norma actual recoge un criterio realista y toma en cuenta el efectivo conocimiento acerca de la no filiación del hijo (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, t. III, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 674). De esta manera, al introducir modificaciones sobre el comienzo o desde cuándo empieza a correr, no desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible ser el padre biológico, sortea cualquier atisbo de choque o enfrentamiento constitucional (Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, t. II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 890).

Se ha dicho que la limitación temporal impuesta por la ley, en materia de filiación, tiene fundamento en la necesidad de garantizar y preservar la estabilidad en los vínculos paterno filiales, así como cierta previsibilidad acerca de los efectos de las conductas de las partes interesadas; y que se apoya constitucionalmente en razones de seguridad jurídica (Famá, María Victoria, «La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal», ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 184 y 518). En el mismo sentido, se postuló también que el plazo de caducidad responde a una necesidad de consolidación del estado de familia; y que así se impide que una situación jurídica valiosa -el estado de familia de un hijo- pueda quedar indiscriminadamente sometido a debates (conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, pág. 463; CCivCom. Rosario, 13/04/11, «B., A. c. G. V. C. s/ impugnación de paternidad extramatrimonial, Expte. N° 172/09).

En el presente caso, no puede obviarse de ningún modo que el accionante dejó transcurrir un considerable lapso de tiempo para intentar la acción, presentándose a la jurisdicción luego de transcurridos más de diez años del nacimiento de su presunta hija biológica, con el objeto de impugnar el reconocimiento de la paternidad realizado por E. respecto de S.M.; sin embargo, no surge ninguna prueba que logre desvirtuar la versión dada por éste en el sentido de que tomó efectivo conocimiento que la menor llevaba el apellido E. mediante una publicación en la red social Facebook, luego de lo cual se presentó ante la Asesoría de Menores a reclamar su supuesta paternidad el 10 de octubre de 2013, tal como surge del Acta agregada a fs. 8. Consecuentemente, la demanda fue interpuesta dentro del plazo legal que prevé el precepto normativo analizado.

VI. Derechos en tensión.

Interés Superior del Niño. Abordando la vexata quaestio, se verifica la tensión existente entre dos derechos, por un lado el derecho del presunto padre en lograr la preeminencia de la verdad biológica respecto de una persona sobre la que tiene fundadas dudas acerca de su relación filial, y por el otro, el derecho de la niña de no querer saber su origen biológico para de ese modo preservar el contexto familiar en el que se encuentra desarrollando.

En tren de establecer la preeminencia de uno sobre el otro en el caso, resulta imperioso diferenciar, como lo sostiene la prestigiosa jurista mendocina Dra. Kemelmajer de Carlucci, el derecho a establecer lazos filiatorios al de conocer el origen biológico, pues como lo afirma Melaurie -citado por la autora- en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odièvre c. France', Publicado en: Abeledo Perrot, Cita Online: 0029/000211).

En ese sentido, considero que la cuestión debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia conformada por el Sr. E. y la Sra. A., más allá del dato genético que el actor se atribuye. Se trata, afirma Kemelmajer de Carlucci, de no ejercer injerencias

estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, sino de priorizar su interés superior real, no abstracto, cuya determinación, por el momento, está en manos de las personas a las cuales la ley atribuye la calidad de padres, y no en la de los jueces. (Del voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci cit.; en el fallo de la Sup. Corte de Mendoza, sala 1a, 12-V-2005, RDF 2005-III-165.

Acorde con lo expuesto, surge de las constancias de autos, la inexpugnable posición de la menor de autos de no querer conocer su realidad biológica. En efecto, con un lenguaje acorde a su edad (tenía 13 años en ese momento) en la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2018 (fs. 129/132) con la presencia de la Asesora de Menores e Incapaces y la Psicóloga Forense, la menor manifiesta: «[...] Yo no quiero hacerme la prueba de ADN porque yo tengo mucha familia, muchas tías, familia numerosa, un papá que me ama un hermano, una abuela que me ama con el corazón.- [la menor se quiebra y llora], y no quiero hacerme.- La Sra. Asesora de Menores le hace saber el derecho a la identidad su pasado, su historia y después su familia, que esta realidad biológica cambie no va a perder esa realidad familiar, que ella va a tener su misma vida todo va a seguir igual.-Asimismo le hace saber el derecho que ella tiene a saber.-S.Sa., le hace saber que hay una persona que se presenta de apellido S. él quiere impugnar la paternidad que él tiene una duda de que D.es su papá o no, en el expediente hay que evacuar una duda para eso es la prueba de ADN, que después para cambiar el apellido desde lo legal esa será una causa de Filiación.-S.Sa., le hace saber que la idea es que ella no esté mal que ella esté bien, sabemos que este Expte. ha generado cosas en ella y nosotros queremos escucharte, queremos contarte desde lo legal los pasos del Expte, el proceso legal del

Interrogado por la Asesora de Menores si ella tiene alguna duda de todo lo que se le está explicando la menor CONTESTA: «No, ninguna duda».

Luego expresa: «[...] Interrogado por S.Sa., a la menor S. si el miedo es porque el resultado de ADN dé negativo, CONTESTA: «Yo creo que si llegara a pasar eso, que mi papá biológico sea D. me sentiría aliviada pero si es otra persona no sé qué llegaría a pasar, yo quiero seguir siendo E. aunque me dé positivo o negativo que mis hijos mi familia tenga ese apellido que no tenga otro quiero tener una familia exitosa y no quiero hacerme no me importa no me importa mi papá».-S.Sa., le hace saber a la menor si el resultado de ADN sea negativo esto seguirá siendo así, todo lo que ella está diciendo.-La menor refiere pero yo no quiero hacerme por más que ustedes me digan, nadie decide por mi vida es así no quiero que otra persona decida por mi.-Si sale positivo (que E. no sea su papá) me voy a quebrantar no voy a ser la misma de antes, todo va a cambiar.- Porque ese tipo no me cambió los pañales, no estuvo cuando estuve enferma, no quiero tener contacto con el por mí que le pase lo que sea pero yo estoy bien con mi familia yo estoy feliz y no quiero que se meta en mi vida».-Interrogado si ella no quiere que se aclare que realidad biológica CONTESTA: «No, yo no quiero que se aclare quién es mi papá, porque mi papá D.es mi propósito de vida.-Mi papá es el ser que más amo en la vida le quiero con todo mi corazón y no me importa nadie más».-S.Sa., le hace saber que acá hay una duda si D. es su papá o no.- Interrogado por S.Sa., si ella supiera que él es o no su papá eso le cambiará a ella, o su realidad CONTESTA: «Sí.- Me va a

romper la ilusión que él fue mi padre que él me crió, pero no me importa la verdad es que yo tengo un vínculo muy especial porque él me crió más que mi mamá porque ella iba a la peluquería y mi papá me cuidaba porque él iba a la facultad y se iba después a la mañana y esa mañana mi mamá me cuidaba o mis abuelos y aprovechaba el momento es que con mamá disfruté muy poco tiempo porque trabajaba y le veía los fines de semanas.-La verdad es que ahora dejó la peluquería y tuvo a mi hermano y está más apegado a mamá y yo a papá y estoy muy apegado a papá y me gustan las películas de Marbel como mi papá me gusta y mamá no me puede entender».» De ello se infiere claramente que la niña S. ha crecido en la familia E.-A., estando identificada totalmente con ese apellido, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar -al menos por ahora el status quo-, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación.

En este punto resulta relevante lo informado por la Psicóloga Forense Lic. Ziperovich, quién al concluir la audiencia con la menor y no estando S. presente refiere que: «[...] «Ella [S.] hoy no está preparada para manejar un resultado no importa cuál es, aunque ella manifiesta: yo estaría

tranquila si E. es mi papá pero ella no está preparada para manejar un resultado pero no se encuentra preparada para eso». - La Psicóloga Forense refiere: «Esto va mucho más del derecho». - «Ella se imaginaba que algo pasaba, hace 3 años cuando le evalué ella se daba cuenta que algo estaba pasando pero esto implica arrancar de cero, se debe trabajar sobre esta verdad que ya está iniciado hasta que ella diga bueno quiero saber si es o no mi papá y después saber quién es mi papá biológico».-

Este informe es ampliado a fs. 174/175, en el que la Psicóloga Forense el 10 de diciembre de 2018 entrevista y evalúa a la niña S., concluyendo que la menor repite constantemente que no desea y no acepta realizarse un ADN, porque se siente feliz con su vida actual y no desea ningún cambio y agrega: «[...] Resulta esperable que una niña de solo 14 años responda al mandato paterno y materno, o sea, que si bien S. asegura que la decisión de no hacerse el ADN es propia, de alguna manera también sería este el deseo de sus padres, al que ella debe responder por tratarse de figuras referentes y significativas para S., NO implicando lo mismo que estar influenciada por ellos, resultando imposible marcar el límite de hasta donde esta idea o pensamiento es propio y hasta donde es ajeno, ya que la niña convive e interactúa permanentemente con sus padres». Y concluye aseverando que, desde el punto de vista psicológico y emocional S. no está preparada aun para afrontar esta prueba, y exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aún en formación, operar en contra de lo que ella cree, siente y hace consciente que debe ser, puede llegar a desestabilizarla emocionalmente.

Acorde con lo expuesto, y ponderando los derechos en contradicción y tensión, en base a las constancias comprobadas de la causa, me llevan a descartar cualquier solución que no priorice la tutela de ese interés familiar, que en el presente caso se apoya ostensiblemente en el conteste y concordante superior interés de la joven S. (Cfr. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los derechos del Niño; arts. 1o, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; arts. 39, 40 y 41 de la Constitución provincial).

En efecto, de las constancias de la causa surge la férrea posición de S. de no querer someterse a la realización de la prueba de ADN; los miedos ante los eventuales cambios que pudiera generar su resultado; y los perjuicios sobre la psiquis que la realización del examen genético en contra de su voluntad pudiera ocasionarle. La joven ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido por la familia E.-A., conformado por sus padres, hermanos, tías, tíos, abuelos y bisabuelos, que no desea modificar, al menos por ahora. Se encuentra contenida en su familia, la que constituye ámbito de pertenencia y su centro de vida, sobre el cual ha edificado su personalidad, sus afectos, sus sentimientos, sus ansias, proyectos y sueños. El demandado E., ha asumido verdaderamente frente a la joven y ante sus ojos, en forma pública, estable, prolongada y en plenitud, los deberes propios de tal vínculo.

Por el contrario, el pretense padre biológico no ha tenido ninguna intervención en más de diez años de vida de la joven, pese a saber que aquella podría ser su hija desde el nacimiento mismo. Se ha señalado en esta línea argumentativa que, frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con su identidad de origen, el mejor interés del menor, en este momento no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar construida con quienes han cumplido siempre los roles de madre y padre. El principio precautorio y la justicia del caso, que tiene por objetivo resguardar la entera situación compleja en la cual se inserta, imponen que la injerencia estatal en la vida íntima y familiar de la joven, deba hoy tutelar el mantenimiento del consolidado vínculo afectivo forjado durante todos estos años (SCBA, «L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad, 28/05/2014, DFyP 2014 (agosto), con nota de Fernando Millán; Sup. Const- 2014 (agosto), 44, con nota de Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los ángeles Davico; LA LEY 2014-E, 88).

En consonancia con ello, teniendo presente el superior interés de la menor, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, considera que será la joven S. M. quién -en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo- decida resolver la

cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones.

Para concluir se ha señalado con agudeza que al lado de la realidad biológica, importante por cierto, existe otra verdad que el derecho no puede ignorar, la verdad sociológica, cultural y social, que también integra la identidad de la persona humana desde una perspectiva dinámica. Y que contrariamente a la opinión de los fundamentalistas del biologicismo, que imponen «derechos» a quien no quiere ejercerlos, afirmamos categóricamente que la sentencia no consolida una identidad falsa. El lazo existente es verdadero, porque responde a una filiación social. En nombre de una realidad biológica, el órgano jurisdiccional no puede afectar esta estabilidad. El Estado, a través de todos sus órganos, debe evitar injerencias indebidas a la vida íntima de la familia (Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los ángeles Davico, Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia, Sup. Const- 2014 (agosto), 25/08/2014, 42 – LA LEY-2014-E, 88, Cita Online: AR/DOC/2694/2014).

Por los fundamentos expuestos, y de ser compartido este VOTO por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. En ese sentido se ha dicho que «[...] La existencia de una situación compleja o dificultosa, tanto en lo fáctico como en lo jurídico que bien puede inducir a las partes a defender la posición sustentada en juicio, creyendo en la legitimidad de su derecho, ya que consagrar otra solución podrá importar un desaliento para el apropiado ejercicio del derecho de defensa [...]» (Loutayf Ranea, Roberto G., Condena en costas en el proceso civil, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 82). Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el .% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5.822). Así voto.-

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice:

Que, atento al llamamiento de autos para sentencia, adhiero a la relatoría de la causa y comparto la solución propiciada por el Sr. Ministro votante en primer término a cuyos fundamentos me remito para evitar repeticiones innecesarias.

Y en este estado, considero oportuno expresarme acerca de mi reiterada postura sobre las mayorías necesarias requeridas para que las decisiones judiciales provenientes de una Cámara de Apelaciones sean válidas.

Es así que en números precedentes sostuve que el art. 28, 2º párrafo del decreto ley 26/00 (Ley Orgánica de Administración de Justicia) prevé la forma en que deben emitir sus pronunciamientos los jueces de las Cámaras de Apelaciones, «[...] Para dictar pronunciamiento, cada Cámara de Apelaciones se constituirá por lo menos con dos de sus miembros, siendo las decisiones válidas cuando ambos estuvieren de acuerdo por voto fundado, permitiéndose la adhesión al primer voto. Si hubiere disidencia, intervendrá el presidente para decidir, en cuyo

caso deberá hacerlo en forma fundada por uno de los emitidos.» Asimismo, manifesté que no coincido con la solución legislativa pues entiendo que todos los jueces de las Cámaras de Apelaciones tienen el deber constitucional de pronunciarse sobre las causas sometidas a su consideración; estimando necesario que lege ferenda, se contemple que todos los jueces integrantes de las Cámaras de Apelaciones de la provincia deban pronunciarse sobre las causas que llegan a su conocimiento, ya sea adhiriendo a un voto o, en su caso formulando el suyo, dando cabal cumplimiento con el mandato constitucional impuesto por el art. 185 de la Constitución Provincial.

Ahora bien, y no obstante la recomendación efectuada a los Sres. Magistrados, en pos del cumplimiento constitucional que les ha sido confiado, advierto que en la actualidad tal precepto continúa siendo vulnerado dado que a diferencia de los Tribunales Orales Penales (TOP), en las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa Administrativa y Electoral para que una decisión judicial sea válida se sigue requiriendo el conocimiento para la decisión y la firma de dos de los tres miembros que integran las Cámaras de Apelaciones, quedando excluido el tercer magistrado.

A mi entender la riqueza del órgano judicial colegiado supone el diálogo racional que tolera puntos de vista no exactamente iguales sino complementarios, al modo de caminos diferentes que sin embargo conducen al mismo destino final.

En este sentido, entiendo que la fundamentación de los pronunciamientos constituye una exigencia del funcionamiento del estado de derecho y de la forma republicana de gobierno, principalmente en los casos de las sentencias, siendo una garantía para cada ciudadano; ya que de esta manera pueden ejercer el control de los actos de los magistrados e impugnarlos.

Y es que, la sociedad democrática mayormente participativa pretende que se den a conocer las razones suficientes que justifiquen la toma de las decisiones las cuales se deben hacer conocer para someterlas a una posible crítica.

De allí que este dato propio de los Tribunales Colegiados aparece como francamente irreconciliable con la mera colección de dos opiniones y adhesiones automáticas citadas por los integrantes del cuerpo, vulnerándose así la garantía de certeza o seguridad jurídica si el Tribunal dicta una sentencia con votos aparentemente coincidentes, pero que no permiten establecer las razones que han conducido a pronunciarse de determinada manera.

Es sabido que los Tribunales se encuentran integrados por tres jueces, los cuales tienen la responsabilidad constitucional de expedirse; así lo hacen los Magistrados de los Tribunales Penales a diferencia de los miembros de las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa, con lo cual, entiendo, se menoscaban los principios de igualdad y equidad constitucional.

Cabe recordar que el Alto Tribunal de la Nación ha puntualizado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, ya que no es sólo el imperio del Tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que estos dos conceptos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión.

Finalmente, considero que los problemas planteados en cuanto a la falta de mayorías o mayorías «aparentes» acarrear un grave perjuicio tanto para los justiciables como para el efectivo servicio de justicia, ya que si bien se alega como argumento central la celeridad en el trámite de los distintos procesos, en la realidad esto no se traduce de manera absoluta en los tiempos procesales, con el agravante del desconocimiento de los estándares de legitimación.

Es por ello que exhorto -una vez más- a los Sres. Magistrados a abandonar tales prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art.28, 2° párrafo del decreto ley 26/00 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya

genuina interpretación determina que en las sentencias -respetando el orden de sorteo- todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa. ASI VOTO.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA No 129

1°) Hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de Cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. 2°) Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el .% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5.822). 3°) Insértese y notifíquese.

Dr. GUILLERMO HORACIO SEMHAN

Ministro Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Dr. LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ

Presidente Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Dr. FERNANDO AUGUSTO NIZ

Ministro Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Dr. ALEJANDRO ALBERTO CHAIN

Ministro Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Dr. EDUARDO GILBERTO PANSERI

Ministro Superior Tribunal de Justicia Corrientes

Dra. MARISA ESTHER SPAGNOLO

Secretaria Jurisdiccional N° 2