

AS

L° de sentencias DEFINITIVAS N° LXV
Causa N° 125988; Juz. N° FAMILIA 1
F C/ C Y OTRO/A S/ ACCIONES DE IMPUGNACION DE FILIACION
REG SENT: **130** Sala III

En la ciudad de La Plata, a los quince días del mes de julio de dos mil veinte reunidos en acuerdo ordinario los señores jueces de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Tercera, doctores Andrés Antonio Soto y Laura Marta Larumbe, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: **"F. F. C/ C. J. Y OTRO/A S/ ACCIONES DE IMPUGNACION DE FILIACION"**, (causa n° 125988), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando de ella que debía votar en primer término el doctor **Soto**.

LA EXCMA. CÁMARA RESOLVIÓ PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justo el decisorio dictado a fs. 216/225?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO

DIJO:

I. En el decisorio cuestionado el señor Juez de la precedente instancia admitió la demanda de impugnación del reconocimiento promovida por F. F. contra L. E. P. y J. C. Admitió asimismo la demanda de filiación promovida por F. F. contra J. C. y L. E. P., declarando que E., nacida el 23 de mayo de

2015, en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta n° 1411 2A el día 15 de junio de 2015, es hija de F. F. y no de L. E. P. disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

En lo que importa destacar, señaló que la prueba de ADN producida en autos excluyó a L. E. P. como padre posible de E., y estableció la existencia de compatibilidad genética entre F. F. y la niña de acuerdo a lo que se espera para un vínculo padre e hija.

Luego de estimar procedente la demanda planteada, indicó que no trataría las excepciones de falta de legitimación activa y caducidad de la acción dada la prueba genética, el interés de la niña y el orden público.

II. Contra esa forma de decidir apelaron las partes, expresando sus agravios a fs. 233/241 vta., 248/258 vta., 269/279, con réplicas a fs. 283/307, 333/336 vta., y 337/340 vta.

III. Ante el requerimiento de la parte demandada, se admitió el replanteo de la prueba omitida en la instancia de origen, generando una etapa que dio lugar, asimismo, a sucesivas audiencias y el conocimiento personal de la niña por parte del Tribunal.

Finalmente las partes produjeron sus alegatos.

IV. A fs. 494 y 500 se expidieron la Asesora de Menores y el Fiscal adjunto de Cámaras, aconsejando que se confirme la sentencia.

V. En síntesis que se formula, se agravia el accionante por la consideración formulada sobre que, tanto P. como C. manifestaron reconocer la realidad biológica de E.; así como la imposición de costas en el orden causado.

Justifica la primera de las objeciones en el análisis de las presentaciones realizadas por la parte contraria, de donde extrae la opinión disidente con el Juez.

Observa asimismo que, de la incorrecta ponderación de la postura asumida por la parte demandada, el decisorio concluyó en la procedencia de la imposición de las costas en el orden causado, y sostiene que ello no tiene asidero normativo ni se ajusta a las constancias de la causa.

Que como consecuencia de ello, deben imponerse las costas a los demandados conforme al principio objetivo de la derrota.

Los codemandados, mediante sendas e idénticas piezas, controvierten los argumentos utilizados por el recurrente, y justifican la distribución de costas llevada a cabo, por lo que requieren que se desestimen los agravios propuestos.

VI. De su lado, el señor P. sostiene que la sentencia cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la descalifican como tal.

Refiere que el expediente presenta un cúmulo de vicios de procedimiento que no fueron saneados, y perjudican derechos sustanciales de su hija E. y del apelante, lo que condujo a la promoción de un incidente

de nulidad.

Afirma que el fallo padece un claro error en la apreciación de los hechos alegados por las partes, puesto que respecto del examen de ADN privado (fs. 18/21), dejó claro que lo desconocía y le era inoponible.

Señala que el decisorio se funda en un error de conceptos, al asimilar la “filiación” con “identidad biológica”, error que también atribuye a la Asesora de Menores y la Fiscalía, por cuanto el artículo 558 del CCC establece que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código...”.

Objeta que la aptitud de esa “identidad biológica” desplace el estado filiatorio de E. a partir de su reconocimiento como padre, libremente adoptado y ratificado por la posesión de estado de hija desde antes de nacer.

Sostiene que en su condición de padre de E., mantiene una relación paterno-filial pública, constante y fructífera con ella desde el momento mismo de su nacimiento, haciéndose cargo de todas las responsabilidades que implica la crianza, educación y salud de un niño.

Afirma que ni la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la normativa constitucional nacional y/o provincial, ni las normas de rango

inferior obstan para que la ley o la jurisprudencia privilegien, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una "verdad biológica".

Seguidamente puntualiza que no se fundó la razón por la cual se descarta el tratamiento de las excepciones opuestas por el recurrente.

Alude que en el caso la acción intentada se asienta en el artículo 582 del CCC, que corresponde al hijo, y a sus herederos sólo en caso de haber muerto éste en la menor edad o si fuere incapaz. Y que la otra acción entablada es la del artículo 593 del mismo ordenamiento que establece que 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, que reduce en un año el plazo de dos que establecía el Código anterior para los demás interesados, entre los cuales está contemplado el actor.

Argumenta luego sobre la caducidad de la acción y concluye que no puede desatenderse la realidad de una niña que, frente a las decisiones de los adultos, resulta ser la parte más vulnerable de la relación y que requiere ser protegida por la ley.

VII. Por su parte, la codemandada C. expone sus argumentos recursivos en términos sustancialmente idénticos a los reseñados en el acápite anterior, por lo cual -en honor a la brevedad-, a aquéllos se remite su relación.

Ambas piezas apelatorias son calificadas de insuficientes por el accionante, quien solicita que se declare la deserción de dichos recursos.

Seguidamente refuta cada uno de los argumentos propuestos por la parte demandada recurrente y solicita que se rechacen los agravios.

VIII. La suficiencia técnica de la pieza recursiva elaborada por la parte demandada fue objetada por la contraria, y en tal sentido he de señalar que esta Sala ha decidido que la existencia en torno al cumplimiento de los recaudos de la expresión de agravios no debe ser tan rigurosa y estricta como para arribar a la deserción cuando exista un mínimo de ataque a la sentencia que sirva para justificar la efectiva salvaguarda del principio constitucional de defensa en juicio (arts. 18 Constitución Nacional, 260 y 261 -texto y doctrina-, C. Proc.; esta Sala, causas B 82.689, RSD 121/96, B 80.424, RSD 30/95, 117.081, RSD 59/14, 117.930, RSD 15/15 e. o.).

Consecuentemente, la sanción prevista por el artículo 261 del Código Procesal debe interpretarse con criterio restrictivo a fin de mantener intacta, en la medida de lo posible, la aludida garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (arts. 18 Constitución Nacional, 15, Constitución Provincial; esta Sala, causas citadas), en cuyo mérito surgiendo del escrito recursivo un ataque adecuado al decisorio recurrido, corresponde el análisis de los agravios vertidos.

IX. Las particulares circunstancias generadas por la conducta asumida por los tres protagonistas adultos de esta historia -a la vez partes y

recurrentes en autos- desde, incluso, antes del nacimiento de E., exige, de modo proporcional, una respuesta jurisdiccional diversa a la vertida en la instancia precedente.

Por razones que no fueron esclarecidas de manera precisa –y no son relevantes para la decisión que se propondrá-, el origen biológico de E., nacida el día 23 de mayo de 2015, fue ocultado a L. P., quien asumió su paternidad y la ejerció en el convencimiento de su plenitud hasta el mes de diciembre de 2017, cuando su pareja –y madre de E.-, J. C., a instancias del padre biológico F. F. y luego de haber realizado en secreto un estudio de ADN, se lo contó.

E., hoy de cinco años, y a quien debemos dirigir especialmente nuestra atención dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico (arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22 y conchs., Constitución Nacional; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y conchs., Constitución Provincial; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; SCBA, causa 101.726, sentencia del 05/04/13), transitó estos años de vida bajo el mismo relato parental, ocultamiento que, afortunadamente y conforme será destacado más adelante, fue cediendo recientemente para abrir paso a la verdad de su origen genético.

Fue necesaria la producción de prueba en esta sede recursiva, así como sucesivas audiencias con las partes y con la niña para poder comprender, con los límites inevitables de la actuación judicial, la compleja trama humana

que se desarrolla en la vida de E. y de sus padres desde el momento mismo en que fue concebida.

También se observan diferencias entre las posiciones asumidas por los contendientes en los escritos postulatorios, recursivos y de alegación de prueba, y lo que expusieron al momento de prestar declaración confesional en la audiencia de vista de causa fijada por este Tribunal (v. disco compacto de fs. 413), y al tiempo de comparecer a sucesivas audiencias conciliatorias fijadas también por esta Sala.

Es así que las posturas férreas y antagonistas que se enuncian en las presentaciones aludidas, donde sobresale la búsqueda por el desplazamiento recíproco del rol parental, no encuentran correlato en las declaraciones prestadas tanto por F., como por P. y por C. (arts. 384 y 421, C. Proc.).

Se destacan valiosas y constructivas expresiones que ponen foco en el interés superior de la niña, cuando dicen: i) el primero: *“...sumarme a la vida de E...no desplazando al señor P...que sepa la verdad, poder ir trabajando todos juntos, el señor P., la señora C., E. y yo...que me pueda integrar a su vida y ella a la mía, y que sepa que tiene dos papás...”* (48’40’’en adelante); el segundo: ii) *“...el camino que ya iniciamos de ir contándole las...diferentes tipos de familia...que no hay sólo un tipo de familia...que cuando le contemos su realidad particular hacerlo de una manera positiva...ir direccionando hacia la posibilidad... que pueda vincularse...relacionarse con F....es la construcción que hicimos...respetando siempre a E....no*

pasando por encima de ella, ni poniendo adelante los deseos de los adultos...”; (32’10’’, en adelante); y iii) la tercera: “...lo que hemos charlado... que la función de padre es una función que se crea...se va a formar de a dos con él...y E. le dará el nombre que ella crea también conveniente...en base a la relación que vaya a tener...” (17’20’’ en adelante).

A partir del minuto 55 de la audiencia puede verse y escucharse la declaración de la Licenciada D. L. M., la psicóloga ante quien P. y C. llevan adelante el trabajo terapéutico.

Relata la especialista que en el mes de febrero del año 2018 fue consultada por las partes referidas, con el objetivo de poder transmitir a E. la situación de origen, que recientemente había sido conocida por los adultos (P.), que no estaban al tanto todavía. Para ello llevó a cabo entrevistas – además de con los mencionados-, con la niña, acompañada por cada uno de los padres, y con F. por otro lado. También con los tres adultos de manera conjunta. Se trazó entonces el objetivo de que, además de que E. conozca su origen, pueda desarrollar una relación con su padre biológico. Continúa dando detalles de los acontecimientos sucedidos, donde la promoción de este juicio generó un hito relevante en la terapia. Entre otras consideraciones que formula, expone que se acerca el tiempo en que se den las condiciones de avanzar con la comunicación a E.

Se destaca el testimonio por la comprobación de que las expresiones vertidas por las partes sobre su común interés en esclarecer a la niña su

origen, y establecer las condiciones para que construya la relación con su padre biológico, cuya inicial responsabilidad recae sobre C. y P., tiene el soporte terapéutico ineludible, lo que otorga credibilidad y fortaleza a sus manifestaciones (arts. 384 y 456, C. Proc.)

A fs. 379/381 la Licenciada Mariana Brusatori Derrico, Psicóloga del Cuerpo Técnico del Juzgado de origen, y a requerimiento de esta Sala, presentó su dictamen.

Expuso, luego de entrevistar a los adultos comprendidos en la causa, que del discurso de C. se desprende un posicionamiento de escasa implicación subjetiva, ya que aún no consiguió elaborar todo lo sucedido, y si bien dice comprender la necesidad de esclarecer la situación familiar en función de los derechos de E., aún no puede integrar psíquica y afectivamente a la figura de F. como parte de la vida de su hija, e insiste en que el vínculo paterno filial la niña lo construyó con P.

Alude a su resistencia a inscribir a su hija con el apellido del padre biológico bajo el mismo argumento de que E. reconoce como papá a P. En tal sentido sostiene la experta que *“...más allá de las incumbencias jurídicas, desde el área psicológica representa, simbólicamente, la introducción de la ley necesaria para regularizar los vínculos, así como también para una construcción psíquica adecuada”*.

Refiere más adelante que P. adopta una implicación subjetiva que consigue diferenciar la historia de pareja del vínculo que mantiene con la

niña, y afirma que pretende acompañar a E. en este proceso, resguardarla, y comprende que es necesaria la integración de F. a la vida de la niña.

Advierte la experta, ante la idea de que sea E. quien decida si desea o no construir un vínculo con F., "...que la niña no cuenta con la capacidad reflexiva necesaria, ni con las herramientas para poder resolver tal cuestión, sumado a ello, al momento actual desconoce su historia. En tal sentido, serán los adultos significativos quienes deben apuntalarla y acompañarla en el proceso de deconstrucción y construcción de su configuración familiar, así como también los que deben habilitar a E. para construir nuevos vínculos afectivos".

Del lado de F., la Licenciada percibe un discurso del que se deriva su posicionamiento subjetivo implicado en la situación planteada. En tal sentido expuso el accionante ante la experta que pretende "...construir un vínculo con E., conocerla y compartir tiempo con ella, respetando y aceptando los vínculos afectivos que la niña ha construido hasta el momento, intentando así sumar afectos".

Señala con firmeza la experta la importancia de que E. sepa su origen, y en esa dirección observa que hace más de un año y medio que su identidad fue esclarecida por los adultos, de modo que es imperioso que se arbitren los medios para que la niña lo conozca "...y a partir de allí, en contexto terapéutico, comience un proceso de deconstrucción y construcción de su identidad e historia, para así integrar afectivamente al Sr. F. y el contexto que este ofrece, en su historia vincular. Del mismo modo, serán los

adultos significativos los que deben habilitar y apuntalar a la niña para la construcción de nuevos vínculos afectivos. En la misma dirección, entiendo que el cambio de apellido acompañara dichos movimientos, necesarios para un devenir psíquico adecuada de la pequeña...”

Ante las objeciones planteadas por la parte demandada (417/419), justificó la experta el soporte metodológico del dictamen, y expuso que “... todo lo expuesto se apoya, tal como fuera enunciado, en el método clínico y en el análisis discursivo en su dimensión intra e inter subjetiva. El método clínico es el método por excelencia que utiliza la psiquiatría y la psicología como instrumento para arribar a conclusiones diagnósticas. No es la mera recolección de datos utilizados en otras disciplinas, ya que se registra y analiza no solo la comunicación verbal y gestual, sino que se observa el lenguaje en su dimensión simbólica, focalizando en la dinámica y en la funcionalidad psíquica y relacional a expensas de los contenidos históricos”. Sostiene luego que su aporte disciplinar no consiste en dar cuenta de la realidad de los hechos, sino de la realidad psíquica de los sujetos.

Finalmente explicitó la Psicóloga que estimó innecesario mantener una entrevista con la niña E. dado que desconocía la historia de su origen, lo que condujo, por lo demás, a sugerir que en forma inmediata las partes y la niña participen de un espacio terapéutico, especializado en niñez y familia, a fin que la niña inicie un proceso de deconstrucción y construcción de su identidad e historia vincular, que le posibilite integrar nuevos vínculos afectivos (arts. 384 y 474, C. Proc.).

Conforme surge del acta labrada a fs. 425, a fines de diciembre del año pasado tomamos contacto con la niña, a quien acompañaron P. y C. En dicha ocasión pudimos observar la naturalidad, el afecto y la cercanía que expresa el vínculo paterno filial construido entre E. y P.

El día 27 de febrero de este año, reunidas nuevamente las partes en una audiencia fijada por el Tribunal, fue suministrada una información relevante para el caso.

El propio P. expuso que *“...han puesto a la menor E. al tanto de la situación que la vincula, en particular que él no es su progenitor pero que sí es su papá. Que se buscó naturalizar la situación, a lo que la reacción de E. fue buena. Que la terapeuta no participó en esta situación, pero sí en su seguimiento. Que la intención no es obstruir ninguna información respecto de la identidad de la menor. Que no obstante, no se le ha revelado quién es efectivamente su progenitor...”* (v. fs. 440, art. 36, inc. 4°, C. Proc.).

Vemos entonces que, desde el nacimiento de E. –hace poco más de cinco años- se ha construido una filiación socioafectiva con P., que ahora se revela carente de vínculo genético, el que fuera de todo debate corresponde a F.

X. Las encrucijadas que nos propone el caso son por un lado, si corresponde otorgar consecuencias jurídicas al aludido vínculo genético frente a la defensa de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada (art. 593, 3° párrafo, CCC); y en tal caso si procede el desplazamiento de la originaria filiación, que, recuerdo, fue producto del

ocultamiento de C.; con la aquiescencia –en alguna medida-, de F., y el consecuente desconocimiento de P. sobre la posibilidad que la paternidad que ejercía no le correspondía.

Recuérdese que el artículo 593, 3° párrafo, del Código Civil y Comercial establece un plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad de un año desde que se conociera el acto de reconocimiento o que se tuviera conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Si bien es cierto que F. admitió en la prueba confesional haber sido advertido por C. de su posible paternidad al poco tiempo de la concepción, vale decir mucho más que un año antes de haber entablado la acción (v. audiencia de vista de causa, 40' en adelante; arts. 384 y 421, C. Proc.), las circunstancias del caso impiden que se aplique el plazo de caducidad pretendido por los recurrentes.

Se ha visto que los propios demandados recurrentes, desde el momento mismo en que fue revelada la verdad entre los adultos (diciembre de 2017), iniciaron un camino terapéutico para poder brindar a E. tanto la información de su origen genético, como las condiciones para conocer y vincularse con su progenitor.

A estas alturas, y conforme surge del acta labrada en ocasión de la audiencia celebrada en el pasado mes de febrero, ya fue transmitida parte de esa información, y no sería extraño, dada la entidad existencial que tiene el tema y los meses transcurridos desde entonces, que se hayan producido otros progresos en tal sentido.

De modo que la solución oclusiva del caso que mantienen los recurrentes se opone a su propia conducta anterior y sobreviniente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, en una postura que el ordenamiento jurídico no ampara (esta Sala, causas 113.411, RSD 82/11; 105.198, RSD 46/10, 116.514, RSD 10/14: 121.145, RSD 90/17).

Es que, por un lado, y tomando el imprescindible rumbo de brindar a E. la verdad acerca de su identidad, como derecho humano esencial (arts. 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 12, inc. 2), Constitución Provincial; 7, último párrafo, ley 13298), mediante asistencia terapéutica, P. y C. han avanzado significativamente en ofrecer a la niña el conocimiento de su origen y de su progenitor, y facilitar la construcción del vínculo paterno filial. Por otro, sin embargo, persisten en la defensa de caducidad de la acción, lo que podría conducir a la paradoja de que E. conozca y entable el vínculo con su padre biológico pero al mismo tiempo le sea privado el estatus jurídico compatible con esa realidad.

Las razones ofrecidas, sustentadas desde la propia conducta anterior y sobreviniente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, así como desde la primacía del derecho al conocimiento y

construcción de la identidad, impiden que sea admitida la defensa propuesta, con el alcance que se propondrá seguidamente.

El reconocimiento de la filiación biológica de la niña, no debe implicar en el caso, el desplazamiento liso y llano de la originaria filiación.

Se ha acreditado que E. estableció en plenitud desde su nacimiento el vínculo paterno filial con P., nació y crece, con sus cinco años cumplidos, en el seno de la familia que compone junto a su madre y a P., condición que reconoce el progenitor, quien, a la par de exigir su reconocimiento como tal, expresó reiteradamente ante este Tribunal –una de ellas en la audiencia de prueba analizada-, su interés de sumarse a la vida de la niña, sin desplazar a P., a quien califica como el “otro papá” de E.

En esa dirección, se ha dicho con razón que “...la identidad del individuo posee diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural; conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Constitucionalización del Derecho Civil y Derecho a la Identidad Personal en la Doctrina de la Corte Suprema", LL 1993-D-678), y si bien asumimos que el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, también sostenemos que es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva” (voto del Dr. Pettigiani, causas C. 85.363, sent. del 27/02/08; C.

101.726, del 05/04/13, entre otras).

Ciertamente, el artículo 558 del Código Civil y Comercial, prescribe que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, de modo que su literal aplicación conduciría a que el emplazamiento del progenitor (F.), excluiría a P., solución de rigidez salomónica que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni propicia el contexto que requiere la integración del padre biológico a la vida de la niña sin quebrar la familia en la que ha nacido y se viene desarrollando, con los efectos devastadores en E. que tal decisión podría acarrear.

Estamos frente a dos formas de paternidad, la socioafectiva que se cultiva desde su nacimiento, al amparo de la buena fe de P., y la biológica, que hoy exige su reconocimiento.

Y como tales, no son excluyentes.

Se trata -fue señalado con precisión-, de diversos institutos que tutelan bienes diferentes.

La paternidad socioafectiva resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la biológica consagra el derecho de saber quién engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él.

Es así por ello que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar los registros de ambas verdades, la de orden socioafectiva y la biológica igualmente.

"La paternidad socioafectiva -señalan los autores-, es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra

sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal. Como dice Krasnow: “cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar”. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir. Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar de la posesión de estado, siendo esta la máxima prueba de un estado filial. En este orden de ideas, la coexistencia de la realidad biológica y la socioafectiva, da paso al reconocimiento de una triple filiación...” (Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves “¿Qué Modificar del Código Civil?”, <https://www.academia.edu>).

En la misma dirección, el Supremo Tribunal Federal de Brasil admitió el instituto de la doble parentalidad, en un supuesto donde una adolescente fue inscrita y tratada como hija por el esposo de su madre, y

luego fue reclamada por su padre biológico.

Justificó la decisión en el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, que impide negar el derecho de filiación de todas las partes involucradas, progenitores biológicos, afectivos e hijos, de modo que la paternidad socioafectiva declarada o no en el registro público, no obsta ni impide el reconocimiento concomitante del vínculo de filiación basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales.

Desplegando una visión progresista indispensable en la materia, sostuvo que en el ámbito de la familia la dignidad humana exige la superación de los obstáculos impuestos por diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia contruidos por los propios individuos en sus relaciones afectivas interpersonales, y que la búsqueda de la felicidad funciona como un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley, puesto que es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés.

Señaló en esa dirección que "...el concepto de familia no puede reducirse a modelos estereotipados, ni es lícita la jerarquización entre las diversas formas de filiación, por ello resulta necesario contemplar bajo el ámbito jurídico todas las formas por las cuales pueda manifestarse la parentalidad, es decir, por la presunción que surge del matrimonio u otras hipótesis legales, por la descendencia biológica o por la afectividad..."

(Supremo Tribunal Federal de Brasil, sentencia del 22/09/2016, publicado en RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; cita online BR/JUR/1/2017).

La compleja trama humana que se ha desarrollado en la vida de E., exige que la solución jurisdiccional abastezca adecuada y completamente todos los aspectos que se despliegan; que tanto el vínculo parental de origen afectivo, como el biológico, concurren al desarrollo de su vida.

No corresponde al Estado proveer una solución dilemática, de rigidez normativa, sustentada exclusivamente en la ausencia del reconocimiento legal de diseños familiares diversos, y de esa manera negar apriorísticamente una situación de pluriparentalidad que los propios adultos protagonistas admiten, y que, solamente su pleno desarrollo en el tiempo, mediante el conocimiento y cultivo del vínculo paterno filial de E. con su padre biológico, en forma concomitante con el curso del vínculo socioafectivo que goza desde su nacimiento, dirá qué matices y profundidad alcanzarán.

Esto nos conduce a destacar la trascendencia que tiene el control de constitucionalidad de las leyes, expresión de la supremacía del orden constitucional que recepta el artículo 31 de la Carta Magna, instrumento que nace por creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso “Marbury vs. Madison”, en el año 1803.

Adoptada por nuestro país, esta herramienta puede ser utilizada por cualquier juez de la república -control difuso- y, tradicionalmente, requería en forma inexcusable la petición de la parte interesada, posición

que fue abandonada por la CS en el año 2001, a través de la sentencia dictada en el caso “Mill de Pereyra” (Fallos 324:3219. María Angélica Gelli, “Constitución de la Nación Argentina...”, ed. La Ley, año 2003, págs. 286/287; esta Sala, causa 118.115, RSD 55/15).

La Casación provincial adoptó el mismo temperamento oficioso a partir del caso “Zaniratto” (22/12/04), señalando en sus decisiones que “El control de constitucionalidad de las normas -conforme el ejercicio de la atribución que emana del art. 31 de la Constitución Nacional- constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que el abordaje y resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda (causa L 117.516 S 01/04/2015, entre otros).

Las circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso, del artículo 558 del Código Civil y Comercial, por ser violatorio a los artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño, XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional, y 12, inc. 2), Constitución Provincial, a fin de establecer que E. ostenta, además del

vínculo filial con su madre J. C., el vínculo paterno filial de origen socioafectivo con L. E. P. y el vínculo paterno filial de origen biológico con F. F.

Se concluye entonces que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata Provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta n° 1 411 2A el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P. y de F. F., lo que deberá anotarse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico a continuación del de su padre socioafectivo (arts. 62, 63, 64 y ccs., Código Civil y Comercial).

XI. Ha de propiciarse igualmente, que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un Perito Psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia (arts. 9 y 18, Convención sobre los Derechos del Niño).

Como fuera señalado, parte de la verdad de su origen genético ya fue revelado a la niña, de modo que, y de conformidad con lo aconsejado por la Licenciada Mariana Brusatori Derrico, psicóloga del aludido cuerpo técnico (v. dictamen a fs. 381 y audiencia de vista de causa, 2:18', en adelante), es imperioso que esta fase existencial de E. comience a desarrollarse, en las

condiciones que aconsejen los profesionales que asistan a la niña y a los padres.

La vinculación que se propicia no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, pues, en su caso, participa de la naturaleza cautelar que el peligro en la demora entraña a la construcción de la identidad de E. (v. dictamen de la Asesora de Menores a fs. 494), por lo que se remitirá por separado la correspondiente comunicación (art. 232, C. Proc.).

Deberá, asimismo, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso.

El Juzgado de Familia de origen deberá informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado.

XII. Respecto de las costas, y dado que desde la esfera procesal se advierte que ha habido en autos un vencimiento parcial y mutuo, es correcta la disposición de la instancia de origen y se propone que sean impuestas en el orden causado también en esta sede, desestimándose los agravios que en tal sentido fueran expuestos por la parte accionante (arts. 68, 69 y 71, C. Proc.).

Voto por la NEGATIVA.

Por los mismos fundamentos expuestos la doctora Larumbe votó en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO

DIJO:

Obtenido el necesario acuerdo de opiniones al tratar y decidir la cuestión anterior, y oído el Ministerio Público, corresponde: I) Modificar el decisorio apelado. II) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial, estableciendo que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta n° 1411 2A el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P., y F. F., disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico F. a continuación del de su padre socioafectivo P. (arts. 62, 63, 64 y ccs., Código Civil y Comercial). III) Confirmarlo en lo demás que ha sido materia de agravios. IV) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. V) Disponer que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un Perito Psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia. La vinculación no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, dada la naturaleza cautelar que la define. Deberá, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso. El Juzgado de Familia de origen deberá asimismo informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado. Por Secretaría se realizará la

comunicación correspondiente. VI) Vuelvan los autos al Acuerdo para regular los honorarios de los profesionales intervinientes.

ASI LO VOTO.

En un todo la doctora Larumbe adhirió al voto que antecede con lo que se dio por finalizado el Acuerdo dictándose por el Tribunal la siguiente:

S E N T E N C I A

La Plata, 15 de julio de 2020.

AUTOS VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que en el precedente Acuerdo ha quedado establecido que el decisorio dictado a fs. 219/225 no es justo (arts. 3, 7, 8, 9, 12 y 18 Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 12, inc. 2), 168 y 171, Constitución Provincial; 7, último párrafo, ley 13298, 62, 63, 54, 558, 593 y ccs., Código Civil y Comercial; 2, 3 y concs., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 34, 36, 68, 89, 71, 232, 260, 266, 384, 421, 456 y 474 del C. Proc.; doctrina y jurisprudencia citada).

POR ELLO: corresponde: I) Modificar el decisorio apelado. II) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial, estableciendo que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La

Plata, provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta n° xxx xx el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P. y F. F., disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico F. a continuación del de su padre socioafectivo P. III) Confirmarlo en lo demás que fuera materia de agravios. IV) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. V) Disponer que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un Perito Psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia. La vinculación no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, dada la naturaleza cautelar que la define. Deberá, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso. El Juzgado de Familia de origen deberá asimismo informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado. Por Secretaría se realizará la comunicación correspondiente. VI) Vuelvan los autos al Acuerdo para regular los honorarios de los profesionales intervinientes. **Regístrese. Notifíquese. Dése vista al Sr. Fiscal de Cámaras y a la Sra. Asesora de Menores y Devuélvase.**

FUNCIONARIOS FIRMANTES:

JUECES: DR. ANDRES ANTONIO SOTO y LAURA MARTA LARUMBE.