

Salta, 05 de septiembre de 2023.

Y VISTOS: Estos autos caratulados: "**M, M G VS. Y, W O; B, E R - IMPUGNACION DE FILIACION**", Expte. N° 608398/17, y;

R E S U L T A N D O :

I.- Que se presenta la Dra. Natalia Buira, Defensora Oficial Civil N° 4, en el carácter de letrada apoderada del actor, Sr. M e interpone demanda de impugnación de la paternidad y reconocimiento de filiación paterna respecto del Sr. W y E.

Expresa que su mandante conoció en forma casual a la Sra. B, con la cual mantuvo una relación íntima sin protección. Desde ese momento hasta principios del mes de agosto de 2017 su mandante no mantuvo ningún tipo de contacto con la nombrada, y es cuando la Sra. B le informa que tienen una hija en común. Que hasta entonces el Sr. M ignoraba la existencia de esa hija.

Que la niña S.G. fue reconocida por el Sr. W, quien desconocía que no era el padre biológico y es la actual pareja de la Sra. B.

Continúa diciendo que es la voluntad de su mandante que la niña lleve su apellido por ser el verdadero padre biológico. En virtud del derecho a identidad que le asiste a la niña, situación que es perfectamente conocida por todo su entorno familiar.

Acompaña prueba documental y ofrece prueba confesional y pericial.

Solicita se haga lugar a la demanda en todas y cada una de sus partes con expresa imposición de costas, emplazando a la niña S.G. en su estado de hija.

II.- Se tiene por promovida demanda de impugnación del reconocimiento y filiación paterna y se ordena correr traslado.

El día 2 de marzo de 2018 se presenta la Sra. Defensora Oficial Civil Nro. 3, Dra. Julia Elena Gómez Saravia, en el carácter de letrada apoderada del Sr. W y contesta demanda. Expone que si bien su mandante mantuvo una relación con la actora, el mismo tiene dudas de la paternidad que se le reclama ya que la codemandada, Sra. B, también tenía una relación sentimental con el actor, la que era paralela a la convivencia que mantenía con su poderdante.

Agrega que la niña mantiene contacto tanto con el actor como con su representado, y que a ambos les dice “papá”.

Solicita el rechazo de la demanda en el caso que no se logre acreditar la prueba de la paternidad que se impugna y reclama.

La co-demandada, Sra. E, no contesta demanda por lo que se dispone hacer efectivo el apercibimiento con el que fuera citada, se tiene por acusada rebeldía y por decaído el derecho dejado de usar.

III.- Se ordena la apertura de la presente causa a prueba. Se provee la prueba ofrecida por

la actora y por el co-demandado, Sr. Y.

Obra acta de audiencia de absolución de posiciones del Sr. W.

En fecha 10 de febrero de 2023 se extraen muestras de hisopados bucales de los Sres. W, M, E y la niña S.G.

Se libra oficio al Colegio Oficial de Bioquímicos y Farmacéuticos de la Capital Federal a los fines que proceda a realizar la prueba pericial de ADN con las muestras obtenidas y a fines de determinar el vínculo paterno filial de la niña S.G.

En fecha 16 de junio de 2022 (actuación nro. 7538343) se incorpora informe pericial, suscripto por el Bioquímico, M.N. 2816, Dr. Gustavo A. Penacino, Director de Unidad ADN del Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de Capital Federal, en el cual concluye: *“Los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de Paternidad de “M”, respecto de “Y”, con una Probabilidad de Paternidad superior al 99,99 % y un Índice de Paternidad de 4,6x1010 ... Se EXCLUYE la existencia de vínculo de Paternidad de “Y” respecto de “Y”.*

Se ordena correr traslado de la pericia a las partes. Sin que ninguna la impugne o realice observaciones al respecto.

Se clausura el periodo probatorio.

IV.- Se ponen los autos para alegar. Ambas partes renuncian al derecho a hacerlo.

V.- Se corre vista al Sr. Fiscal en lo Civil N° 2 quien emite el correspondiente dictamen.

VI.- Obra dictamen de la Sra. Asesora N° 10, quien considera que debe fijarse audiencia a los fines de que la niña S.G. sea escuchada. En fecha 18 de mayo de 2023 se celebra audiencia en sede judicial en la que se escucha a la niña S.G., cuya acta se reserva en Secretaría. En la misma fecha se realiza audiencia con los Sres. B y Y.

VII.- En fecha 24 de mayo de 2023 se presenta la Sra. Defensora Oficial Civil Nro. 4 en el carácter de letrada apoderada de la co - demandada, Sra. E. En su escrito expresa que en esa fecha celebró en su despacho audiencia entre todos los involucrados en el presente proceso quienes solicitan expresamente que la Sra. Jueza declare la pluriparentalidad o triple filiación respecto de la niña S.G., reconociendo como padre biológico y socio-afectivo al Sr. M y como socio-afectivo al Sr. W. Asimismo solicita que la niña S.G. lleve el apellido M.Y., en ese orden de prelación. Continúa relatando que la Sra. B empezó a convivir con el Sr. Y aproximadamente a los tres meses de gestación de la niña S.G., que convivió con el mismo hasta los dos años y tres meses de edad de la niña. En ese tiempo el Sr. Y la reconoció y se comportó como si fuera el padre de S.G. Que a los dos años y tres meses de S.G. se separan, y sabiendo la Sra. B que el padre biológico la niña era el Sr. M, comienza a convivir con el mismo al poco tiempo de la separación de Y. El Sr. M convive junto a la Sra. B y a su hija desde los dos años y cuatro meses de edad hasta los seis años de la

misma. Expresa que el Sr. M se comporta como padre socio afectivo de S.G. durante cuatro años e inicia sabiendo que era el padre biológico de la misma el presente juicio de Impugnación de paternidad y filiación. Continúa diciendo que luego se produce la separación de la Sra B respecto del Sr. M. Durante la convivencia de los Sres. M y B, el Sr. Y continuó siempre viendo a la niña, aproximadamente tres fines de semana al mes, llevándola el día sábado y retornándola el día domingo.

VIII.- Seguidamente en fecha 29 de mayo de 2023, la Sra. Defensora Oficial Civil N° 3, por el co - demandado Sr. Y, solicita que en la sentencia se mantenga el vínculo filial de la niña S.G., con su mandante y se integre su identidad con el reconocimiento de la filiación paterna del Sr. M.

Fundamenta su presentación en la vinculación existente entre su mandante y la niña, quienes mantienen una relación paterno filial fuerte, cumpliendo su mandante con todas las obligaciones de padre, tanto afectivas como materiales.

Agrega que el Sr. Y siempre consideró a S.G. como su hija. Estuvo en su nacimiento y siempre procuró su bienestar y felicidad. Que recién se enteró que existía la posibilidad que otra persona sea el padre biológico, a los dos años de la vida de la niña, pero ello no significó que el afecto y el sentimiento paterno haya cambiado, sino por contrario el vínculo afectivo se mantuvo fuerte.

Expresa que aún cuando la progenitora conformó una relación con el actor años después, de la cual nació otra niña, el vínculo paterno filial de la niña con su mandante se mantiene en el tiempo. Agrega que el cuidado personal de hecho lo comparten los tres progenitores, y se mantiene estable desde hace dos años aproximadamente. Cita doctrina.

Expone que excluir la paternidad de su mandante con respecto a S.G., como no reconocer la filiación del Sr. M para encorsetar el estado filiatorio a lo establecido por el artículo 558 del C.C.yC. es claramente violatorio a los derechos fundamentales de la niña.

Dice que su mandante es consciente de las consecuencias de la triple filiación y las acepta. Acepta ser responsable en las decisiones sobre su cuidado, respetando las opiniones al respecto de la madre y del Sr. M. Con respecto a los alimentos, dice que su mandante continuará siendo responsable de cubrir las necesidades alimentarias de la niña. Como también reconoce que esta persona será continuadora de su personalidad y beneficiaria de sus bienes al momento de su fallecimiento. Cita el artículo 5 de la C.D.N. Pide se declare la inconvencionalidad del artículo 558 del C.C.yC. tercer párrafo, debido a que su aplicación lisa y llana en este caso concreto, viola los derechos fundamentales de la niña. Solicita que S.G. mantenga el apellido Y, con la integración de los apellidos de los otros progenitores y se dicte sentencia reconociendo la triple filiación de S.G.

IX.- Se corre nueva vista a la Sra. Asesora N° 10 quien emite el correspondiente dictamen.

X.- Se corre vista al Sr. Fiscal en lo Civil N° 2 dictaminando en consecuencia.

XI.- Pasan los autos a despacho.

C O N S I D E R A N D O :

I.- Que del escrito de demanda surge que la pretensión procesal del actor, Sr. M es la impugnación del reconocimiento y filiación paterna de la niña S.G. quien de acuerdo al acta de nacimiento incorporada a fs. 4 del expediente físico es hija de los demandados en autos Sres. W y E.

II.- Con respecto a las pruebas ofrecidas por la parte actora, cabe destacar que se ha producido la pericial de ADN ya que los demandados, comparecieron a la extracción de muestras de hisopado bucal.

Ahora bien, el artículo 579 del C.C.C.N., fija el principio de la amplitud probatoria, con el objetivo de llegar a la verdad, por encontrarse en juego el orden público familiar, como el estado de familia de las personas. Así, en su primer párrafo, expresa: *“En las acciones de filiación se admite toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte...”*. De esta manera, la ley de fondo jerarquiza la prueba biológica ya que al admitir toda clase de pruebas con mención especial de la genética, indica que se le concede a esta última, un lugar preferente en relación a otros medios probatorios (KRASNOW, ADRIANA. *“Tratado de Derecho de Familia”*, Tomo III, 1ra edición. Editorial La Ley. Buenos Aires, 2015, pág. 150).

A esta altura del desarrollo de la ciencia, el C.C.C.N. admite que la prueba genética es la más importante y contundente en los procesos en los que se indaga la filiación biológica de una persona. De este modo, la relevancia de la identidad, integrada entre otros elementos por la verdad biológica, y el desarrollo científico, han tenido una influencia directa para que la prueba genética tenga un lugar de mayor protagonismo, siendo el método más revolucionario de identificación de personas y la manera de determinar con un grado de certidumbre total la paternidad de quien es demandado como progenitor.

Respecto al carácter y naturaleza de la prueba genética antedicha, la Jurisprudencia sostiene que: *“La prueba de ADN, a los fines de establecer la filiación no es una prueba meramente complementaria sino un método principal y autosuficiente para arribar a una conclusión definitivamente positiva o negativa de tal extremo”* (C.Apel. en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 27/04/00, A. Inc. N° 2 c/A.J. LLBA 2001, AR/JUR/1396/00).

Obra agregado el resultado de la prueba pericial de ADN, en cuyo informe se concluye que: *“Los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de Paternidad de “M”, respecto de “Y”, con una Probabilidad de Paternidad superior al 99,99 % y un Índice de Paternidad de 4,6x1010 ... Se EXCLUYE la existencia de vínculo de Paternidad de “Y” respecto de “Y”.*

De acuerdo a lo expuesto considero que se encuentra suficientemente acreditado en autos el vínculo biológico paterno filial del Sr. M para con la niña S.G. por lo que esta última debe ser emplazada en el estado de hija del primero, por corresponder el resultado de la pericia genética con la identidad biológica de la niña.

III.- Ahora bien, advierto que la cuestión que hace al derecho a la identidad de la niña, como así también su derecho a mantener sus relaciones familiares no se agota con el reconocimiento filiatorio a favor del actor como objeto principal de la acción, por el contrario, ceñirse solamente al aspecto biológico y por ende desplazar al Sr. Y en su carácter de padre implicaría desconocer esta realidad.

En tal sentido el artículo 8.1 de la C.D.N. Dispone: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”*

Que todo lo analizado en el punto anterior hace al derecho a la identidad biológica de la niña, o su faz estática. Es preciso advertir que este derecho a la identidad no necesariamente va ligado a la preservación de las relaciones familiares que en los hechos se vienen manteniendo en el caso de autos. *“El derecho a la identidad, se ubica entre los derechos fundamentales, reconocido explícitamente en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, es derecho personalísimo, merecedor de tutela jurídica. Tiene una faz estática y otra dinámica. La primera hace al origen biológico de la persona, en su derecho inalienable a saber, conocer e investigar la “verdad biológica”. La faz dinámica está constituida por el patrimonio ideológico cultural de la personalidad hacia el exterior, con el conjunto de aspectos de la persona en su vida privada y social.”* CALLERI, Constanza María; ARGOITÍA, Patricia Norma. *“Prueba pericial de ADN en los procesos de familia”* en MOSMANN, María Victoria *“La prueba pericial”*. San Miguel de Tucumán, año 2020. Bibliotex. Páginas 130/132.

Ahora bien a partir de la intervención de la Sra. Asesora N° 10; la audiencia celebrada con las partes en autos en fecha 18 de mayo de 2023 y la escucha a la niña, observo que las partes expresaron que la dinámica familiar de S.G. comprende que la madre viva con ella de lunes a miércoles, que luego los días miércoles el Sr. M la retira del colegio y el viernes la lleva a la casa de su progenitora después de almorzar, en tanto que el Sr. Y retira a la niña de la casa de su progenitora los días viernes o sábados y la reintegra los domingos a la noche. En tal sentido las partes han expresado que *“esta dinámica la realizan hace dos años y medio aproximadamente. Refieren que están cómodos con esta dinámica... Tanto el Sr. Y como el Sr. M refieren que la niña S se dirige a ellos con el nombre de “papá”.*

De las constancias de autos surge que la niña S.G desde antes de su nacimiento y hasta la

actualidad ha venido ostentando el rol de hija del Sr. Y a quien correspondería desplazarlo de su calidad de progenitor según lo dispuesto en el artículo 558 del C.C.yC.

Sin embargo considero que esta situación implicaría desconocer la realidad familiar en la que se encuentra inmersa la niña y su grupo familiar.

El Sr. Y ha venido cumpliendo en todos estos años un importante rol afectivo en la vida de la niña. En este sentido si bien de la prueba genética obrante en autos se desprende que esta persona no es el progenitor biológico, también debe tenerse en cuenta que: *“...ejercer la maternidad y la paternidad y traer a un hijo a la familia no es ya solamente un proceso natural, sino, sobre todo, un proceso social y jurídico, es una decisión que se toma por los participantes concientes de las consecuencias que conlleva su actuación en todos los ámbitos”*. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, MARISA *“Tratado de Derecho de Familia”* Tomo VI-B. 1ra Ed. Revisada. Santa Fé. Rubinzal Culzoni, año 2023. Página 173.

Que la conducta desplegada por el Sr. Y a lo largo de estos años, en especial el trato ostensible de hija que le ha dado a S.G., como así también su expresión de voluntad en torno a querer seguir ligado a esta niña, me lleva a concluir que nos encontramos en un caso de filiación por socio-afectividad, no incluido expresamente en nuestro C.C.yC. *“La determinación del parentesco socio-afectivo ha de provenir también de una declaración de quien pretende ser considerado progenitor ... La filiación construida socio-afectivamente debe fundarse en una relación de afecto estable, esto es, mantenida en el tiempo, entre el declarante y la persona declarada hijo/a [...] con independencia de que exista o no ese afecto entre el declarante y el progenitor legalmente determinado. A su vez, la declaración de quien pretenda establecer una relación de parentesco socio-afectivo ha de sustentarse en la voluntad, de manera que es posible que exista la relación de afecto estable pero que no exista voluntad de constituir formalmente la relación paterno o materno-filial”*. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, MARISA *“Tratado de Derecho de Familia”* Tomo VI-B. 1ra Ed. Revisada. Santa Fé. Rubinzal Culzoni, año 2023. Página 174.

Todo lo dicho hasta ahora es una muestra cabal que el paradigma bi parental en el que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico interno no puede dar respuesta a ciertas situaciones, como la planteada en autos, por lo que la aplicación literal del cuestionado artículo 578 del C.C.C. implicaría una clara vulneración al superior interés de la niña quien reconoce tanto al actor como al demandado como sus progenitores. *“..la filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional, tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el*

de hijo/a. En otras palabras, la filiación socioafectiva afirma y reafirma un vínculo que trasciende lo normativo, importa reconocer que tanto la paternidad como el ser hijo es una función que se ejerce día a día, un vínculo que se va forjando con el devenir de la vida, que exige afecto, entrega, dedicación, presencia, respeto, y acompañamiento; actos que la ubican en la esencia de una verdadera filiación”. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, MARISA “*Tratado de Derecho de Familia*” Tomo VI-B. 1ra Ed. Revisada. Santa Fé. Rubinzal Culzoni, año 2023. Página 229.

Dicho todo esto es que además del emplazamiento del vínculo paterno filial del actor en su carácter de progenitor biológico, corresponde mantener al Sr. W como progenitor de la niña S.G. en virtud del vínculo socio-afectivo suficientemente acreditado en autos. Asimismo debe mantenerse como progenitora biológica a la Sra. E, por lo que la niña S.G. será emplazada en un estado de triple filiación. En consecuencia el artículo 558 del C.C.C. deviene inaplicable al caso de autos por desconocerse el derecho fundamental de la niña a mantener sus relaciones familiares, de manera excepcional acorde a la situación de hecho socio familiar.

IV.- En relación a la inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 558 del C.C.C. y habiéndome expedido sobre la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, considero que los argumentos esgrimidos en esta sentencia resultan suficientes para la presente decisión.

V.- Se hace notar que la jurisdicción coincide con la posición del Sr. Fiscal respecto a la gravedad que importa declarar la inconstitucionalidad de la norma, incluso se considera adecuado que la norma “per se” mantenga la validez para la finalidad con la cual fue creada; en el caso aplicarla desconociendo la situación de socio-afectividad importa optar por la alternativa menos conveniente en cuanto a la suma de afectos, cuidado y cariño conforme los vínculos que el comportamiento de los adultos que acompañan a la niña ha creado, a más que el legislador ha valorado la situación de hecho de socioafectividad como fuente de la filiación al permitir la adopción por integración, por lo que hace al mentado principio de interés superior de la niña involucrada en autos, disponer de manera excepcional y sólo para este caso concreto como en definitiva se resuelve.

VI.- En consecuencia ante todo lo expuesto, en coincidencia con lo peticionado por la Sra. Asesora de la niña en su dictamen

F A L L O:

I.- DECLARANDO la inaplicabilidad del artículo 558 del C.C.C. al presente caso, por los argumentos vertidos precedentemente.

I.- EMPLAZANDO al Sr. M, en su calidad de progenitor biológico de la niña S.G.

III.- MANTENIENDO al Sr. W como progenitor socio-afectivo de la niña S.G.

IV.- MANTENIENDO a la Sra. E como progenitora biológica de la niña S.G.

V.- DISPONIENDO que los apellidos de la niña S.G., nacida en la ciudad de Salta el día 3 de abril de 2015, queden compuestos de la siguiente forma: M Y. Consentida que fuera la presente sentencia, **LIBRESE OFICIO** al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para su inscripción en el Acta ...

VI.- DISPONIENDO que los tres progenitores hagan conocer a la niña S.G. que tanto el Sr. M como el Sr. Y son sus progenitores, el primero de ellos biológico y el segundo socio-afectivo.

VII.- IMPONIENDO las costas por el orden causado.

VIII.- MANDANDO se copie, registre y notifique.

Fdo. Dra. Claudia Noemi Guemes, Jueza.

Se deja constancia que la presente ha sido firmada digitalmente en el marco de la Ley de Firma Digital N° 25506, por la Sra Jueza, Dra Claudia Noemí Güemes.