

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 4 días del mes de Abril de 2013, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114135**, en los autos: **“H. E. J. C/I. L. N. Y OT. S/ FILIACION”**.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION

PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 146/49, que rechaza la acción de desconocimiento de paternidad promovida por el sr. E. J. F. en relación a la menor L. H., y a su vez hace lugar a la reconvención deducida por la tutora ad-litem de esta última, declarando que la niña no es hija de aquel, imponiendo las costas del proceso al actor, es apelada por éste, quien expresa agravios a fs. 172/74, los que no son contestados.

El Asesor de Menores a fs. 177 dictamina a favor de la confirmación de la sentencia, propiciando la revocación parcial de la imposición de costas en el sentido de que sean impuestas también a la madre codemandada.

El Fiscal General Adjunto a fs. 180 se

pronuncia también por la confirmación de la sentencia.

II.- 1.- El sr. E. J. H. al promover la demanda, dijo que se había casado el 23/04/92 con L. N. I., con la que tuvo seis hijos, la menor de las cuales, nacida el 7/01/03, de nombre L. H., era la que motivaba la acción.

Dijo que se separaron y que, iniciado el juicio de divorcio, la demandada comenzó un embarazo, del cual él creía no tener vínculo alguno, pero aquella se negaba a hacerse un estudio de histocompatibilidad, a lo que recién accedió en 2006 y del mismo surgió que no era el padre – estudio que agregó con la demanda -. Habiendo sido rechazado su agregación como hecho nuevo en el juicio de divorcio, expresó que se veía obligado a promover la acción.

Planteó la inconstitucionalidad del art. 259 del C.Civil en cuanto establece un plazo de caducidad de un año desde la inscripción del nacimiento (o desde que se tuviere conocimiento del parto) para la deducción de la acción de impugnación de paternidad del marido, dado que vedaba la posibilidad de conocer la verdadera identidad biológica. Además – adujo – la niña había sido inscripta por la madre sin ninguna participación de su parte, y la madre finalmente había aceptado la realización del estudio genético.

2.- Notificada de la demanda la sra. I., no la contestó y fue declarada rebelde (fs. 34). Posteriormente, con el patrocinio del Defensor Oficial se presentó a estar a derecho y pidió que se abrieran los autos a pruebas y se llevara a cabo la prueba pericial inmunohematológica (fs. 43).

3.- El Juzgado ordenó la designación de tutor ad-litem de la menor, lo que recayó en una abogada de la matrícula departamental (fs. 38 y 42). Contestó esta la demanda planteando la caducidad de la acción por haber transcurrido en exceso el plazo de un

año previsto por el art. 259 del C.C..

No obstante, reconvino en nombre de la niña por desconocimiento de la paternidad atribuida al actor, sobre la base de que la acción del hijo en tal sentido era imprescriptible y que tenía el derecho inalienable a conocer su verdadera identidad de acuerdo a la Convención Internacional de Derechos del Niño. Pidió que se realizara el estudio de ADN correspondiente.

4.- Corrido traslado de la caducidad y de la reconvención, contestó en primer lugar la codemandada I., diciendo que le asistía razón a la reconviniente en cuanto a lo primero, y que debía hacerse lugar a la reconvención y a la prueba genética pedida.

El actor, por su parte, respondió insistiendo en la inconstitucionalidad del plazo de caducidad del art. 259 del C.C., y qué él no había inscripto el nacimiento de la niña.

5.- Fracasadas audiencias de conciliación fijadas, y luego de diversas vistas acerca de los pasos a seguir, finalmente los autos fueron abiertos a prueba, realizándose por la Asesoría Pericial de la S.C.B.A. el estudio de ADN, el que excluyó al actor como padre posible de la niña Lucía (fs. 122/23).

6.- En la sentencia, el juez rechaza en primer lugar el planteo de inconstitucionalidad del plazo de caducidad del art. 259 del C.C. sobre la base de que no se ha argumentado de qué manera la norma afectaría derechos constitucionales y de que la declaración de inconstitucionalidad es la última “ratio” del orden jurídico, no advirtiéndose razones suficientes para resolver de acuerdo a lo pedido. Sobre tal base desestima la demanda por haberse promovido una vez caducado el plazo indicado.

Por el contrario, hace lugar a la reconvención deducida por la tutora ad-litem de la niña habida cuenta del resultado del

estudio genético realizado en autos, “declarando que L. H. no es hija de E. J. H.” (p. IV de la parte dispositiva).

Impone las costas de ambas acciones – demanda y reconvención – al actor en su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.).

III.- 1.- El actor apela, agraviándose del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., argumentando que el mismo viola el derecho de acceso a la justicia, el derecho a conocer la verdad biológica y el principio de igualdad ante la ley, contemplados por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Dice además que fue engañado por la madre de la niña y que jamás le dio a ésta trato de hija.

Se agravia también de la imposición de costas, alegando que no fue su parte el que dio lugar a la actuación jurisdiccional, sino que la responsable es la demandada I., y que no es posible que resulte incólumne de este proceso judicial.

2.- Como ya se anticipó, el representante del Ministerio Pupilar dictamina a favor de la confirmación de la sentencia, pero solicita que las costas se le impongan también a la demandada.

IV.-Sobre el agravio principal del actor.

Llega firme a esta instancia la decisión del juez de hacer lugar a la reconvención deducida por la tutora ad-litem de la menor, declarando en consecuencia que no es hija del actor, lo que debe inscribirse en el Registro Civil correspondiente.

Siendo ello así, la declaración de inconstitucionalidad que se pretende en esta instancia se ha tornado una cuestión abstracta, dado que lo resuelto satisface plenamente la motivación del actor al promover la demanda: que sea desconocida la paternidad a él atribuida de la niña y que se efectúe la rectificación

respectiva en el Registro Provincial de las Personas. Quizás omite la sentencia ordenar que la niña sea inscripta con el apellido de la madre, debiéndose emitir la nueva partida y documento nacional de identidad respectivos (DN), pero ello bien puede subsanarse en esta instancia, sin que, obviamente, implique violación del principio de congruencia (art. 273 C.P.C.).

Es de recordar que desde los orígenes del control judicial de constitucionalidad, se ha exigido que el mismo se ejerza habiendo “caso judicial”, “causa” o “controversia”; es decir, una cuestión planteada por una parte que tenga un interés concreto en obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión para de esa forma lograr la satisfacción de un derecho o de un interés legítimo afectado.

Surgió así con claridad del leading case de la Corte norteamericana “Marbury vs. Madison” de 1803, en el que el juez John Marshall comenzó su voto preguntándose acerca de si los solicitantes tenían derecho (interés) al mandamiento que peticionaban, y recién luego de contestar en forma afirmativa al interrogante, abordó el fondo de la cuestión, para lo cual se topó con la contradicción entre la norma invocada por aquellos para instar la jurisdicción de la Corte y el texto constitucional.

En nuestro país, la exigencia del “caso judicial” (equivalente a “causa” referida en el art. 100 de la Constitución de 1853) nació con la primera ley de organización de los Tribunales Federales – la ley 182 de la Confederación Argentina -, luego reiterada en lo que nos interesa por la ley 27 del 26/10/1862 -, que en su art. 2 estableció: (La Justicia Nacional) “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos en que es requerido a instancia de parte*”. A continuación, el art. 3 habilitó a los jueces a prescindir, “*al decidir las causas*”, de toda disposición contraria a la Constitución

Nacional. Concordantemente, el punto III del Título Preliminar del Código de Comercio, sancionado pocos días antes por la ley 15 del 12/10/1862, dispuso: “Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse al caso especial de que conocen”.

La exigencia del “caso judicial” se inscribe dentro de lo que Bidart Campos llamaba “*el marco de condicionamiento y las bases del control*”. Explica el prestigioso constitucionalista que aquel concepto implica *detraer* del conocimiento del juez todo lo que sea consulta, dictamen, declaración teórica, general o abstracta (“Manual de Derecho Constitucional”, Ediar, Bs. As., 1980, p. 65). El juez, en el ejercicio de su función, no actúa como académico de derecho, aun cuando lo sea en otros ámbitos, ya sea como profesor universitario o autor de publicaciones jurídicas. Por más interesante y atractivo que sea el tema traído a su consideración – y en el caso de autos, vaya si lo es –, debe sobreponerse a la tentación de abordarlo si la cuestión es o ha devenida abstracta.

Es que lo que subyace tras esta exigencia es el principio constitucional de división de poderes. Es al Poder Legislativo al que le corresponde emitir normas generales y abstractas, y al Poder Judicial le incumbe aplicarlas en los casos concretos sometidos a su consideración cuando alguien demuestra tener un interés en obtener un pronunciamiento judicial para dirimir una controversia de derechos o de intereses legalmente tutelados (o sea, siempre que haya legitimación activa por parte del peticionante, que es lo que, en definitiva, configura la existencia del caso judicial), y es en ese marco en que el juez puede verse obligado a abordar la validez constitucional de la norma aplicable al caso, y no fuera del mismo. Y aun así debe hacerse con la prudencia que tan delicada atribución exige. De ahí que la Corte argentina acuñara la conocida directiva de que la declaración de inconstitucionalidad es la “última ratio” del orden jurídico; o sea aquel recurso al que sólo puede

apelarse cuando la cuestión no puede resolverse con justicia por otra vía, lo que tiene varias implicancias: a) si la norma es susceptible de varias interpretaciones, el juez debe elegir aquella que sea “conforme” a la Constitución y descartar aquellas que conduzcan a su invalidez; b) en este segundo caso, la inconstitucionalidad debe ser *manifiesta o indubitable*; c) la incompatibilidad con la Constitución debe ser *inconciliable*, o sea que no exista una solución adecuada del pleito por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa; d) su ejercicio no debe suponer en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto; es decir, fuera de una *causa concreta*; lo que determina el carácter *incidental* de este tipo de declaraciones, o sea que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la C.N.; e) la declaración de inconstitucionalidad no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso; y f) la declaración de constitucionalidad no debe tener efecto derogatorio genérico.

Estos requisitos fueron expuestos por la Corte en el conocido caso “Mill de Pereyra” del 27/09/01 (Fallos: 324:3219), y, aunque los enunció como aquellos necesarios para que pudiera procederse al control de oficio de constitucionalidad, no hizo más que sistematizar – citando los respectivos precedentes - lo que el alto tribunal siempre había considerado como exigencias del control aún a pedido de parte, y es de destacar que han sido ratificados en el último fallo en la materia (“Rodríguez Pereyra”, 27/11/12). Así, dice el tribunal en el Considerando 14): “*Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de las normas (Fallos:*

14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad”.

Ahora bien, la cuestión de la exclusión del control en los casos abstractos merece algunas precisiones. Para que la cuestión merezca el tratamiento de los jueces el caso debe estar maduro; o sea apto para la decisión judicial por oposición a la demanda por agravios hipotéticos o que todavía no se han producido o que no existe un riesgo cierto de que se produzcan. Lo contrario pero que tampoco da lugar al tratamiento judicial es el caso abstracto, que puede surgir luego de deducida la demanda o aún durante el curso del proceso pero antes de la sentencia (ver: Bianchi, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, T. I, Abaco, Bs. As., 2002, p. 296 y ss.). Explica este autor que la doctrina de los casos abstractos es la de la legitimación (“standing”) en el marco temporal; el requisito del interés personal debe subsistir a lo largo de toda su existencia.

Cierto es que tanto la Corte argentina como la norteamericana han reconocido algunas excepciones. Entre ellas – la que estimo más importante –, que debido a la naturaleza de la cuestión siempre en esos casos el daño se torne abstracto al momento de sentenciarse pero que la situación pueda volver a plantarse en el futuro, de manera tal que sea necesario un pronunciamiento para despejar las dudas constitucionales acerca de la cuestión suscitada. No es del caso abundar en esto pero vale como ejemplo el fallo “Ríos, Antonio” (Fallos: 310: 819), en el que la Corte decidió abordar la tacha de

inconstitucionalidad de la ley electoral que reserva las candidaturas a cargos legislativos nacionales a los partidos políticos, pese a haber vencido el plazo para presentarlas. Pero pronunciamientos de ese tipo son emitidos por el máximo tribunal del país cuando revisten interés institucional como último intérprete de la Constitución Nacional, y, sobre todo en los últimos tiempos, cuando se dictan con finalidad exhortativa a los poderes políticos para que actúen en consecuencia (v.g.: caso “F., A. L.” del 13/03/2012, la ley online AR/1682/2012). No es el caso de los tribunales de grado (nacionales o provinciales), que no tienen razones para no limitarse al rol clásico que en materia de control constitucional se les ha asignado a lo largo de la historia, como he señalado. (También destaco que la Corte Suprema por excepción ejerce control constitucional fuera de casos judiciales por vía de las acordadas de superintendencia que dicta, pero sólo cuando se trata de resguardar su independencia funcional - ver: Bianchi, ob. cit., ps. 290/296 -, lo que no es aplicable a los tribunales ordinarios).

Dice este autor que un caso judicial se hace abstracto cuando luego de su planteo sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho que modifican las existentes en el momento de su iniciación, tornando innecesaria e ineficaz la decisión judicial (ob. cit., p. 307). Pues bien, ello es lo que ha ocurrido en autos. Ciertamente, ante el claro texto del art. 259 del C.C., no tenía otra opción el actor para obtener su finalidad, que plantear la inconstitucionalidad del mismo, pero luego, ante la reconvención de la tutora ad-litem de la niña y el posterior acogimiento del desconocimiento de paternidad por el juez “a quo”, aquella primitiva pretensión se ha tornado abstracta y por ende insusceptible de tratamiento por esta Cámara. En realidad – demás está decirlo – es lo mismo que decir que el actor carece de agravio, requisito insoslayable de todo recurso de apelación (arts. 242, 260, 266, 272 y cctes. C.P.C.).

Por lo expuesto, voto porque se desestime por

abstracta la cuestión principal traída a consideración de esta alzada por la parte actora.

V.- El agravio en relación a las costas y el planteo del Asesor de Menores al respecto.

La forma en que propongo que se resuelva la cuestión tratada en el considerando precedente es independiente de la solución que corresponda en materia de costas del proceso. Ello así porque el mismo art. 68 2do. párr. del C.Procesal otorga un amplio margen de discreción judicial para decidir al respecto, siempre que se brinden las explicaciones del caso.

En realidad, la norma señalada habla del “litigante vencido” y es dudoso que pueda calificarse así al actor cuando su planteo principal no puede ser abordado por haberse tornado abstracto, siendo que no puede soslayarse que la demandada (madre de la niña) no contestó la demanda (aceptando implícitamente el desconocimiento de la paternidad planteado), y la tutora ad-litem reconvino por la misma causa. O sea, más allá del plazo de caducidad de la acción, no hubo oposición a la cuestión de fondo motivante de la demanda.

En este orden es de sentido común que la verdadera responsable de la existencia de este proceso es la madre de la niña demandada en autos, dado que, o sabía que el actor no era el padre de la misma o debía tener serias sospechas al respecto. Es cierto que, no estando divorciados, existía la presunción de paternidad prevista por el art. 243 del C.C., y que bien pudo entonces la madre inscribir en el Registro Civil a la niña con el apellido del marido, pero nada le impedía inscribirla sólo con su apellido (doct. arts. 243 y 245 C.C.; ley 14.078). En última instancia, aun cuando el art. 259 del C.C. no le reconoce legitimación para impugnar la paternidad del marido, lo que debió hacer era presentarse ante el Asesor de Menores y pedir que se designara a la menor un tutor ad-litem que promoviera la acción que dicha norma

contempla (como finalmente, de oficio, ordenó el juez en autos, fs. 34).

Lejos de adoptar tal comportamiento, según surge de la demanda y del testimonio de fs. 20/21 (no controvertido), reclamó alimentos al actor para la niña L., obteniendo su propósito. Tampoco promovió actuación alguna luego de conocido el resultado del estudio de ADN que obra a fs. 8/11, esperando, aparentemente que fuera el actor el que actuara, o quizás especulando en que este nada podría hacer frente al vencimiento del plazo de caducidad del art. 259 del C.C., con total desinterés respecto de la identidad biológica de su hija (art. 8 C.A.D.H.).

Por ello, entiendo que se dan circunstancias que justifican ampliamente la eximición total de costas al actor, y que sean soportadas por su orden tanto respecto de la demanda como de la reconvencción en ambas instancias (arts. 68 2do. párr. y 274 C.P.C.), lo que así propongo.

En relación a la petición del Asesor de Menores de que las costas de la reconvencción sean soportadas por la madre, el pedido no puede ser acogido dado que la vista que se le confiriera de la expresión de agravios del actor no alcanza para suplir la falta de apelación oportuna de la sentencia, siendo de señalar que la representante ad-litem de la menor tampoco apeló el pronunciamiento (arts. 266 y 272 C.P.C.).

VI.- Aclaratoria de la sentencia y medidas complementarias.

Como ya anticipé, debe aclararse la parte dispositiva de la sentencia en el sentido de que debe librarse oficio al Registro Provincial de las Personas a fin de que rectifique el apellido de la niña, debiendo en consecuencia llamarse L. I., emitirse la nueva partida de nacimiento y arbitrarse los medios para que se expida el

documento nacional de identidad correspondiente (art. 273 C.P.C.).

Atento al inusitado tiempo que lleva este proceso (6 años y medio, pese a que no hubo contestación de demanda), teniendo en cuenta que lo principal de la sentencia - el desconocimiento de la paternidad - no ha sido motivo de agravio, con el objeto de no demorar más la rectificación de la verdadera identidad de la niña, la causa deberá devolverse al Juzgado de origen, para que, sin esperar a que vuelvan las cédulas de notificación de este pronunciamiento, se libre el oficio al Registro de Provincial de las Personas ordenado. Las cédulas, una vez entregadas en esta Sala serán enviadas al Juzgado.

Asimismo, el juez dará vista al Asesor de Menores de autos a fin de que, previa citación de la madre, decida si es posible determinar la paternidad de la niña L. I., y, en su caso, promover la acción de filiación pertinente (art. 255 C.C.; art. 36 C.P.C.).

Con las rectificaciones señaladas, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1º.- Confirmar la sentencia apelada con la aclaración de que la cuestión de constitucionalidad traída a conocimiento de este tribunal ha devenido abstracta.

2º.- Imponer las costas del proceso (demanda y reconvencción) por su orden.

3°.- Aclarar la parte dispositiva de la sentencia de fs. 146/49vta. en el sentido de que en el oficio a librarse al Registro Provincial de las Personas deberá rectificarse el nombre de la niña, la que pasará a llamarse L. I., debiendo emitirse la partida de nacimiento y arbitrarse los medios para que se expida el documento nacional de identidad pertinente.

4°.- El juez deberá dar vista al Asesor de Menores a los fines indicados en el Considerando VI.

ASI LO VOTO.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser confirmada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **CONFIRMAR** la sentencia apelada con la aclaración de que la cuestión de constitucionalidad traída a conocimiento de este tribunal ha devenido abstracta.

2°.- **IMPONER** las costas del proceso (demanda y reconvención) por su orden.

3°.- **ACLARAR** la parte dispositiva de la sentencia de fs. 146/49vta. en el sentido de que en el oficio a librarse al

Registro Provincial de las Personas deberá rectificarse el nombre de la niña, la que pasará a llamarse L. I., debiendo emitirse la partida de nacimiento y arbitrarse los medios para que se expida el documento nacional de identidad pertinente.

4°.- El juez deberá dar vista al Asesor de Menores a los fines indicados en el Considerando VI.

REGISTRESE, NOTIFIQUESE y vuelvan los autos a primera instancia sin esperar la devolución de las cédulas a fin de que se cumpla con lo dispuesto en los puntos 3° y 4°.-

Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dr. Roberto A. Bagattin

Ante mí, Gabriela A. Rossello – Secretaria.