

NEUQUEN, 14 de diciembre del año 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**V. J. J. C/ B. P. I. S/ IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO**", (JNQFA6 EXP N° 136670/2022), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 11/vta., dictada el día 23 de agosto de 2022, que rechaza in limine la pretensión de impugnación de la paternidad extramatrimonial formulada.

a) En su memorial de fs. 14/18 -presentación web de fecha 8 de septiembre de 2022-, el recurrente cuestiona la decisión adoptada por la jueza de grado señalando que la misma vulnera el interés superior del niño, ya que lo decidido se vincula directamente con el derecho a la identidad de la persona menor de edad.

Dice que si bien la resolución apelada sostiene que no existe afectación del derecho a la identidad del niño, ya que el hijo puede entablar la acción de impugnación en cualquier momento, dado que aquella no caduca para él, tal conclusión es subjetiva, y apartada de la lógica y la razonabilidad.

Entiende que el interés superior del niño se traduce en no permanecer con una identidad falsa, pues la verdad debe primar ante todo, aun cuando ello pueda aparejar una pérdida del sostén económico.

Cita doctrina y jurisprudencia respecto del interés superior del niño.

Insiste en que se ha lesionado el derecho a la identidad del menor, el cual es un derecho de la personalidad, trascendental para todo ser humano.

Cita doctrina y jurisprudencia referida al derecho a la identidad.

Considera que la resolución recurrida también emplaza en un estado de familia inexistente y ficticio.

Manifiesta que la jueza a quo no ha ponderado las circunstancias del caso, tales como la edad de la niña, el lapso de tiempo que estuvo en contacto con el reconociente, y la certeza y contundencia acerca de la realidad biológica, lo que se plasma en el estudio acompañado con la demanda. Agrega que la decisión recurrida prioriza una cuestión procesal sobre derechos trascendentales de la niña.

b) A fs. 23/vta. toma intervención en autos la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente.

El dictamen solicita la confirmación de la resolución apelada, ya que, además de los argumentos dados por la jueza de primera instancia, se debe priorizar el derecho a la identidad en la doble faz de la niña, quién durante 11 años fue identificada, vinculada y reconocida con el apellido V..

Se refiere al interés superior de la niña, y sostiene que la acción la puede interponer A., mediante su representante legal o ella directamente asistida por abogado, derecho que puede ejercer en cualquier tiempo y en función de su desarrollo, voluntad, y ciclo madurativo, entre otros aspectos.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, la cuestión traída a conocimiento de la Alzada es parte de un debate que ya existía durante la vigencia del art. 263 del Código Civil de Vélez Sarsfield, y que el nuevo Código Civil y Comercial no ha zanjado, y es la referida a si el reconociente -en el supuesto de filiación extramatrimonial- se encuentra legitimado para impugnar el reconocimiento.



Marisa Herrera y Eleonora Lamm, comentando el art. 593 del CCyC, señalan que el nuevo código *"no resuelve un debate que se ha desarrollado en el campo doctrinario y jurisprudencial en torno a si el reconociente está legitimado para impugnar el reconocimiento que él mismo realizó. Es decir, si se lo puede entender dentro del concepto de tercero con interés legítimo o no, por aplicación del aforismo de que nadie puede alegar su propia torpeza. Y de adoptarse esta última postura, la misma doctrina, ha mitigado esta fuerte limitación al entender que debería operar la acción de nulidad del reconocimiento y no la de impugnación si se trata de un supuesto de error en la persona; o sea, en todos aquellos supuestos en los que el reconociente no sabía o no podía dudar acerca de su no paternidad biológica. En este contexto, la restricción fuerte lo sería para el supuesto especial en el que el reconociente sabía o debía saber de la inexistencia de lazo biológico con el reconocido, supuesto que se lo conoce en el primer caso como reconocimiento complaciente, siendo que en esta especial plataforma el reconociente no podría plantear ni la impugnación de su reconocimiento ni la nulidad.*

"El texto vigente deja abierto este debate al entender que no debía ser rígidamente zanjado ya que siempre, en definitiva, la acción de nulidad quedaría disponible por aplicación de las reglas generales que se derivan de la naturaleza jurídica del reconocimiento: ser un acto jurídico, y porque, a la vez, siempre quedan otros medios o vías para el mencionado desplazamiento" (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 886/887).

Lo cierto, y a efectos de la resolución de la apelación de autos, es que existen voces que no le otorgan legitimación al reconociente para impugnar su reconocimiento -aunque siempre le dejan abierta la vía de la acción de nulidad del reconocimiento, basada en la existencia de vicios del consentimiento-; y otros que le otorgan tal legitimación, entendiendo que se encuentra comprendido dentro de los terceros interesados.



Néstor E. Solari, enrolado en la última de las posturas mencionadas, sostiene que el reconociente tiene a su disposición tanto la acción por nulidad del reconocimiento, como la de impugnación del reconocimiento -acciones que son independientes, tanto fáctica como jurídicamente-, y agrega *"El debate, aun cuando sigue abierto, deber realizarse a la luz del ordenamiento integral vigente. En verdad, la negativa al reconociente para ejercer la acción de impugnación era atendible a la época de la sanción de la ley 23.264 (de Filiación y Patria Potestad), del año 1985, en donde se pretendió dejar excluido al propio reconociente por la teoría de los propios actos y la irrevocabilidad del reconocimiento.*

"Adviértase que, en tal contexto, en el que todavía no existía la Convención sobre los Derechos del Niño, y los correspondientes derechos emergentes de la misma -entre ellos, el derecho a la realidad biológica- que garantiza dicho instrumento internacional.

"Con un criterio de actualidad y teniendo en cuenta el derecho a la realidad biológica y los adelantos científicos sobre las pruebas genéticas, ningún impedimento debiera haber para que el propio reconociente se halle legitimado para ejercer la acción de impugnación del reconocimiento.

"La teoría de los propios actos debe ceder ante un derecho de jerarquía superior, cuál es la realidad biológica. En tal sentido, no puede invocarse que la persona estaría invocando su propia torpeza, en virtud de que debe buscarse el esclarecimiento de la verdadera filiación de quién se trata, pues aquél principio general debe ceder en ciertas circunstancias. Así, en determinadas situaciones, el ordenamiento jurídico, en virtud de la jerarquía de los derechos en juego, privilegia otro derecho a la teoría de los propios actos.

"Con más razón sería admisible que aquél principio ceda frente a un derecho constitucional como lo es la identidad del niño (conf. arts. 7° y 8°, Convención sobre los Derechos del Niño).

"Tampoco puede impedir la legitimación activa la circunstancia que el reconocimiento sea irrevocable, pues si bien el acto jurídico como tal es irrevocable (conf. art. 573, CCyC), ello no obsta a que en el ámbito judicial sea cuestionado el vínculo paterno filial, aún frente al caso en que sea el propio reconociente quién haya iniciado la acción. La irrevocabilidad no queda alterada, en definitiva, porque será la sentencia judicial la que determinará, eventualmente, la inexistencia del vínculo filial, más allá de que la voluntad inicial -al plantear la respectiva acción judicial- haya sido del propio reconociente.

"Por lo demás, la irrevocabilidad del reconocimiento debe entenderse aplicable en el ámbito extrajudicial" (confr. aut. cit., "Impugnación de la filiación por el propio reconociente", LL 2016-F, pág. 277).

Úrsula C. Basset mantiene la postura de que el art. 593 del CCyC no otorga acción para la impugnación del reconocimiento al propio reconociente (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Comentario - Tratado Exegético", Ed. La Ley, 2019, T. III, pág. 729).

Teniendo que decidir sobre el criterio a asumir, entiendo, por las razones que más adelante desarrollo, que lo correcto es otorgarle legitimación activa al actor para accionar por impugnación del reconocimiento de su hija.

Tal como lo sostiene la doctrina, en forma unánime, el actor tiene legitimación para reclamar la nulidad del reconocimiento en cuanto acto jurídico, pero no la tendría -para parte de ella- para impugnar el reconocimiento.

Las acciones de impugnación del reconocimiento y de nulidad del mismo son diferentes: la primera ataca el nexo biológico demostrando su inexistencia, en tanto que la segunda ataca la validez

del acto jurídico de reconocimiento con la consecuencia de hacerlo caer forzosamente, pero no obstaculiza un nuevo acto de reconocimiento válido. La acción de impugnación del reconocimiento es acción de estado de desplazamiento que, acogida favorablemente, rechaza que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido, dejando sin efecto el título de estado obtenido mediante el reconocimiento (cfr. Méndez Costa, María Josefa en "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, "Derecho de Familia - Tomo I", pág. 578).

Teniendo en cuenta que el error excusable es causa de nulidad del acto jurídico, y que se cuenta en autos con un estudio genético del cual surge que, en principio, la persona reconocida como hija no tiene nexo biológico con el reconociente, y considerando los derechos comprometidos, el accionante tiene acción para impugnar el reconocimiento.

En efecto, en primer lugar cabe considerar el interés superior de la niña de autos, que exige que se respete su derecho a la identidad, expresamente consagrado en el art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Vuelvo a citar a Marisa Herrera, para quién el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positiva; y siempre teniendo en cuenta que la identidad involucra dos aspectos, uno estático, conformado por el genoma humano, y otro dinámico, derivado del despliegue temporal y fluido de la personalidad, que compromete los aspectos éticos, religiosos y culturales -cfr. aut. cit., op. cit., T. III, pág. 50/5-.

Cuando emití mi voto en la causa "Z.A. s/ Inc. Apelación" (inc. jrsfa1 n° 14.746/2020, 16/12/2020) sostuve: *"...si bien la irrevocabilidad del reconocimiento, como así también la facilidad para que una persona reconozca que otra persona es su hijo o hija, por la sola manifestación de la voluntad ante el Oficial Público del Registro Civil, obedece a la necesidad de proteger a la parte más débil -el hijo o la hija-, respetando el derecho de toda*

persona a tener una filiación, tanto materna como paterna; es necesario conciliar este derecho y la normativa legal que lo preserva, con otro derecho fundamental de toda persona como lo es el derecho a la identidad biológica.

"César Julio Gómez señala que "El derecho a la propia identidad constituye un derecho fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad, vinculado con el derecho a la dignidad y a la verdad. Como todo derecho humano es inalienable, inviolable, intransigible y personalísimo.

"Se trata de un concepto multifacético, que supone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política.

"Ahora bien, este derecho a la identidad presenta una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos) y por eso, como regla, se construye sobre los datos materiales de una persona. Refiere, además, a la imagen, a la voz y, por supuesto, el nombre, como medio de identificación de la persona dentro de la sociedad.

"La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural. Se refiere al respeto por el derecho a la construcción de una identidad a lo largo del tiempo, con todo aquello que el individuo va elaborando a lo largo de su historia, lo que le permite construir una personalidad que refleja su identidad.

"Señala Famá que la importancia que asume la identidad en la constitución psicológica y emocional de las personas ha llevado

a que el derecho a la identidad sea un derecho convencional y constitucionalmente reconocido en todos los aspectos de su contenido.

"Su reconocimiento a nivel internacional incluye instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. 19-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 24.2-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 18-. Y cuando se trata de la identidad de niños, niñas o adolescentes, este derecho merece una tutela específica. Su reconocimiento se plasma en los arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, el art. 7° prevé que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padre y a ser cuidado por ellos". En sintonía con ello, el art. 8° sostiene el compromiso de los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, y cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, deberán "prestar asistencia y protección apropiadas" para "restablecer rápidamente su identidad"... Ya en el plano nacional, este derecho se encuentra contemplado en el art. 11 de la ley 26.061, en cuanto a la obligación estatal de preservar la identidad del niño. De este modo, el Estado se ha constituido en garante primordial en lo concerniente al derecho a la identidad, que incluye... el derecho a conocer sus orígenes, ente otros" (cfr. aut. cit., "Cuando la protección de la identidad afecta la verdadera identidad", LL AR/DOC/3993/2017).

"Agrego que en el ámbito provincial, el art. 13 de la ley 2.302 consagra, también, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, que "comprende el derecho a una nacionalidad, un nombre, a su cultura, a su lengua de origen, a conocer quiénes son sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares".

"Marisa Herrera y Elenora Lamm sostienen que "...como el reconocimiento es puro y simple, el régimen jurídico debe dar respuesta ante las situaciones en las cuales la verdad jurídica no se



condice con la verdad biológica, la cual no sólo debe ser respondida con las acciones de impugnación, sino, incluso, con acciones como las declarativa de certeza o medidas autosatisfactivas que tiendan a proteger el derecho a la identidad en la faz estática en lo relativo al conocimiento sobre el vínculo biológico, más allá de que se mantenga intacto el vínculo jurídico filial". Y citan un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K ("G., C.R. c/ C., P.E., 23/9/2003, LL 2004-B, pág. 970), en el cual se afirma: "Es indudable que en autos se han ventilado derechos fundamentales, no solo el correspondiente al accionante relativo a corroborar si estaba o no frente a su hijo, sino además el relativo a la verdad biológica e identidad de un menor, y hasta el derecho de la madre a preservar su intimidad, Creo que de todos estos derechos, es el del niño el que cobra primacía, a cuyo respecto debe valorarse también, que la posible repercusión negativa psicofísica y hasta social que conlleva una indeterminación de sus vínculos filiales, se minimizan en la corta edad, pero se incrementan al compás de la madurez del niño", recordándose que "El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta..." (Cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014. T. II, pág. 679)".

Insisto que en autos existen elementos serios -estudio genético- que hacen verosímil la postura del actor -más allá de la necesidad de reiterar el estudio en el trámite judicial-, por lo que interpretar de modo tan restrictivo el art. 593 del CCyC, impidiéndole cuestionar su reconocimiento afecta principalmente el derecho a la identidad de A.

Es cierto que la niña -conforme lo postula la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente-, quién cuenta hoy con 11 años de edad, desde su nacimiento se reconoce como hija del accionante y lleva su apellido, identificándose de ese modo en su entorno social, pero ello no importa negarle el derecho a conocer sus

orígenes y su realidad biológica quitándole, eventualmente, el emplazamiento en el estado de familia en el que se encuentra hasta el presente. No puede sostenerse la permanencia en una duda razonable o, incluso, en una mentira, por el solo hecho del transcurso del tiempo bajo una identidad determinada, ya que mantener el statu quo importa acrecentar o agravar el daño ante un futuro develamiento de la verdad, cuando se tiene la posibilidad hoy de conocer la autenticidad o no del vínculo biológico paterno filial.

A ello agrego lo dicho por la Cámara de Apelaciones de Esquel, en un caso similar, en orden a que: *"En poco contribuye a la buena formación psíquica del menor crecer creyendo ser hijo de alguien y luego conocer la realidad y enfrentarla en una edad tal vez más conflictiva ...Ante esta realidad.. debo sobreponer el interés superior de A.F. a cualquier otra consideración, al menos en este plano judicial, al efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso llegado el caso, de los padres (conf. CSJN, Fallos 328:2870, Ibarlucía, "El interés superior del niño en la Corte Suprema", LA LEY, 2007-E, 452).*

"Ciertamente que me azora el razonamiento vertido en la sentencia en torno a la realidad biológica y mantener una filiación no verdadera en pleno siglo XXI, dado que aceptar el reconocimiento de un menor que no es hijo biológico, importaría mantener una suerte de ficción de filiación, esta circunstancia comprobada en el particular patentiza virtualidad suficiente para desplazar un estado jurídico que no se condice con la realidad biológica que es su razón de ser, a lo que se agrega hoy la ausencia de paternidad social o parentalidad o identidad dinámica que justifique su mantención. Y si bien, es cierto que el hijo/a tiene acción latente en todo tiempo, al menos en este caso puntual, en atención al derecho a la identidad del sujeto debe ser replanteado, pues la circunstancia de transitar esa niña en su vida de relación con una identidad que no se corresponde con su identidad biológica, el daño sería irreparable. El derecho



constitucional a la identidad y la certeza de los métodos científicos de las pruebas biológicas exige e impone optar por la verdad real y privilegiar el orden público de nuevo cuño aplicable de oficio por los jueces (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; 3° de la Ley 26061; 3°, 7°, 8° y ccdtes. de la CDN).

"Es deber del juzgador de familia pronunciarse en cada caso ajustando el resultado de su sentencia en la protección de los derechos del niño que ha sido privado de su identidad biológica" (autos "CC., J.A. c/ B., E.B.", 7/11/2014, LL AR/JUR/62127/2014).

Consecuentemente, en respeto al interés superior de la niña de autos, que exige la preservación de su derecho a la identidad; teniendo en cuenta que el actor esgrime que existió un error excusable en oportunidad de efectuar el reconocimiento de su hija, y contándose en autos con un estudio genético que indica que, prima facie, la niña no es hija biológica del demandante, debe entenderse que el actor es tercero con interés legítimo en los términos del art. 593 del CCyC.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el resolutorio recurrido, debiendo, en la instancia de grado, darse trámite a la acción promovida.

Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

El juez José I. NOACCO dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución interlocutoria de fs. 11/vta., dictada el día 23 de agosto de 2022, debiéndose darse trámite a la acción promovida en la instancia de grado.

II.- Sin costas de Alzada.



III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria