

FILIACION

- Reclamación de filiación extramatrimonial
- Fallecimiento del padre
- Emplazamiento de estado
- Pruebas
- Prueba biológica
- Concubinato

“F. P. E. c/ R. E. y Suc de E. C. s/ Filiación”

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial – Sala I

Causa: 43.438

R.S.: 230/00

Fecha: 14/12/00

Firme.

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los CATORCE días del mes de diciembre de dos mil, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Liliana Graciela Ludueña y José Eduardo Russo para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "FORD PABLO EZEQUIEL C/ROCA ELENA y SUCESTORES de ERNESTO CUELLO S/FILIACION" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres. LUDUEÑA - RUSSO, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 387/392?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 387/392, interponen los demandados recurso de apelación, que libremente concedido, es sustentado a fs. 437/5, replicado a fs. 447/49. Habiéndose expedido la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 450 vta. y el Sr. Fiscal General a fs. 453.

El Sr. Juez a quo hizo lugar a la demanda entablada por doña A.M.F. contra doña E.R., don E.O.C., don M.M.C. y doña Y.E.C. por filiación, declarando que P.E.F. es hijo extramatrimonial de don E.R.C., con costas.

II) Se promueve este proceso por reclamación de filiación extramatrimonial contra don E.R.C., fallecido, por lo que la presente se inició contra sus herederos.

El Juez de la instancia de origen dictó sentencia a fs. 387/92, haciendo lugar a la demanda, declarando al menor P.E.F. hijo de E.R.C., de lo que se agravian los apelantes. Tanto la Sra. Asesora de Incapaces cuanto el Sr. Fiscal de Cámaras se pronuncian por la confirmación de lo decidido (artículos 78 y 79 ley 5827).

III) El estado de familia es lo que indica la posición de la persona en la familia, al que se llega por medio del emplazamiento en ese estado. Sólo hay emplazamiento de estado cuanto se tiene el título de estado, que se crea por sentencia (acto jurisdiccional) o por reconocimiento voluntario (acto jurídico familiar) (Díaz de Guijarro "La Filiación dentro de la teoría General de Estado de Familia", J.A. 1990-III-671).

Cuando no hay acto jurídico de emplazamiento por voluntad (acta de fs. 6/7 expediente nº 28.399, que corre por cuerda), no queda otro camino que acudir a la acción de estado y promover el proceso pertinente. Así lo hizo la madre, en representación del menor (artículo 247 del Código Civil), contra los herederos ya que E.R.C. falleció el 12 de marzo de 1994 (certificado de defunción de fs. 4/5, expediente nº 28.399)

IV) La carencia del nomen, tractus y fama determinan que el menor accionante acredite, por **todos los medios de prueba, incluso la prueba biológica**, su concreta filiación con el presunto progenitor, amplitud probatoria que expresamente consagra el artículo 253 del Código Civil.

Con anterioridad a la reforma introducida al Código Civil por la ley 23.264, y a pesar de no estar expresamente consagrada, la doctrina en forma unánime aceptaba las pruebas biológicas. Pero su valor probatorio, se enderezaba a descartar (no a demostrar) el vínculo biológico en el caso de incompatibilidad de los antígenos sanguíneos entre el presunto padre y el hijo.

Fueron las primeras investigaciones realizadas en el tema por LANDSTEINER (1901) al descubrir el sistema sanguíneo ABO; LEVINE al ubicar dos nuevos factores sanguíneos M y N (1927); el propio RHEUSUS cuando halla el factor Rh (1940); el antígeno genético de KELL-CELLANO (1946), el de LUTHERAN AUBERGER Y KIDD a mediados de este siglo. SMITHIES (1950) demostró que el sistema celular humano contiene proteínas cuyo origen estructural está consagrado genéticamente. Los estudios que sobre proteínas séricas se han efectuado permiten obtener un nuevo elemento que permita excluir o no la paternidad. Encontramos asimismo, el sistema H.L.A. de histocompatibilidad que, como consecuencia de los rechazos celulares que se producen en los trasplantes de órganos ante la carencia de similitud en las sustancias antígenas, se permite descartar o no, el vínculo biológico. También funcionan los diversos sistemas hematológicos que, de acuerdo con los cálculos de los factores conocidos e independencia de los mecanismos sanguíneos existentes se puede afirmar no sólo quién no es el padre, sino también quién lo sería...

En definitiva, las investigaciones científicas coinciden en consagrar que, todo componente ubicado en un hijo, debe encontrarse indefectiblemente, en alguno de sus progenitores. De no ser así, la paternidad es imposible porque no encontraría sustento con el mecanismo de la transmisión hereditaria (Alvarez "Alcances de la negativa...", E.D. 124-710).

Contrariamente a lo sostenido por los apelantes, ya nadie discute el valor científico de estas pruebas, las que permiten acreditar el nexo biológico con una certeza cercana al 99% y al 99,9% en los casos de exclusión (Bossert-Zannoni, "Régimen

legal de la filiación y patria potestad", pág. 97; Lloveras "Patria potestad y filiación", pág. 91; Calarota "Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A...", L.L.1985-A-472, Verruno-Haas, "Manual para la investigación de la Filiación", 1985). Habiéndose pronunciado al respecto la Corte Suprema ("D.N.N. vs. C.E.J.-Filiación", L.L. 1987-A-404; J.A. 1988-II-194) y la S.C.B.A. (Ac. 39.827, 19/8/89, D.J.J.B.A. T. 137-7059).

Al crear la ley 23.511 (B.O. 10/7/87), el "Banco Nacional de Datos Genéticos", no hizo más que recoger los frutos de ese avance científico, extrayendo las consecuencias que del mismo se derivan en el mundo jurídico. Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable (reza el art. 4 de la misma), se practicará el examen genético, que será valorado por el Juez

V) Decía el legislador Benjamín Paz que la paternidad es un secreto que se oculta en el misterio y su demostración es una cosa imposible ya que en la sociedad "esas relaciones casuales no se cumplen a vista y paciencia de todo el mundo, sino en un pudoroso recato y total ocultamiento, no puede pensarse en una prueba absoluta y directa de ellas" ...(del voto del Dr. Acuña Anzorena, S.C.B.A. Ac. 7.488, "D.G.I. c/ O.J.P.V. Filiación natural"; Ac. y Sent. 1965-I-472).

Hoy por hoy, el avance de la ciencia permite develar el misterio del acto de la procreación, la relación íntima de los padres durante el período legal de la concepción: puede ser acreditado por las pruebas biológicas. Si a ello unimos que ocurrió el parto y que hay identidad entre el nacido y entre quien demanda

la filiación, el nexó biológico estará acreditado (Busso, "Código Civil Anotado", T.II-722; Borda "Tratado de Familia", T.II pág. 721; Rébora, "Instituciones de Familia", pág. 105).

Surge del examen genético realizado en la persona de los familiares directos del causante (ver fs. 340) en el Hospital General de Agudos Dr. Carlos G. Durand, Unidad Inmunología, Centro Tipificador 08 Banco Nacional de Datos Genéticos, que don E.R.C. tiene una probabilidad del 99,9998% de ser el padre biológico del menor P.E.F. (fs. 328/342, pericia de las que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.).

A esta prueba aduno los testimonios de S. (acta de fs. 288/9), A. (acta de fs. 291/3), P. (acta de fs. 300), M. (acta de fs. 306), Z. C. (acta de fs. 309/310) y M. C. (acta de fs. 312/313), estas últimas hermanas del causante, siendo contestes en deponer que existía entre la madre del menor y el causante una relación extramatrimonial de larga data, dispensándole el Sr. C. a P.E. el trato de hijo frente a la familia paterna, en la escuela, en la sociedad...(artículo 456 C.P.C.C.).

Agrego a ello, las fotografías glosadas en la causa en particular del bautismo y los cumpleaños del niño, las cartas y tarjetas de puño y letra del causante (pericia caligráfica de fs. 250/5, artículo 474 C.P.C.C.), boletín de calificaciones firmado por el Sr. C. (fs, 51) y en especial, las posiciones del codemandado M.M.C. en cuanto a la existencia del menor a quien dispensaba el trato de hermano (pliego de fs. 207, acta de fs. 208, en especial 4º, 5º, 7º y 8º posiciones, artículo 421 párrafo 1ero. C.P.C.C.).

No encuentro debidamente acreditado el concubinato a que alude el Sentenciante, ya que el causante convivía con su esposa (testimonios de D. acta de fs. 363/4), de S.(acta de fs. 364vta./366), de Z. (acta de fs. 367/8), art. 456 C.P.C.C.), por lo que no corresponde hacer jugar la presunción del artículo 257 del Código Civil. Pero insisto, se ha logrado acreditar una relación extramatrimonial con la madre del niño por espacio de varios años.

La ley alude al concubinato, entendiéndose por tal la unión pública, estable, permanente entre un hombre y una mujer que se han dispensado recíprocamente trato de esposos. Esta unión, rodeada de los caracteres señalados, es la que trasciende en el concepto legal para establecer la presunción de paternidad del hijo tenido por la mujer. Esta presunción sólo será operante en juicio siempre que se haya probado de manera inequívoca la unión estable, permanente y pública de la madre con el presunto padre, por parte de quien reclama el vínculo filial (Bíscaró, "Régimen de Filiación y patria potestad", Astrea, pág. 42) y ello así no ha sido acreditado (artículo 377 C.P.C.C.).

El juicio de filiación, aunque se ciñe a un conflicto de tipo privado, involucra además uno de tipo social, dado que a la comunidad le interesa asegurar que quiénes traen al mundo hijos se responsabilicen por ellos, a lo que debe agregarse el derecho de toda persona que nace a obtener su adecuado emplazamiento filial, a conocer su identidad, como derecho incluido en los no enumerados del artículo 33 de la Constitución Nacional y legalmente expresado en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Frente a la contundencia de la prueba biológica realizada, a lo que aduno las demás constancias objetivas de autos, que dan cuenta del trato de hijo a través del tiempo y que valoro conforme al principio de la sana crítica (artículo 384 del ritual) y dictámenes favorables del Sr. Fiscal General (fs. 453) y de la Sra. Asesora de Incapaces (fs. 450 vta.) se impone, hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial intentada luego del fallecimiento del padre (artículo 254 párrafo 2do. Código Civil).

Las costas deberán ser soportadas por los demandados fundamentalmente vencidos (artículo 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), practicándose las regulaciones de honorarios por resolución aparte.

Con el expresado alcance doy mi voto por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor RUSSO, por iguales fundamentos votó también por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde hacer lugar a la presente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial (artículo 254 párrafo 2do. Código Civil).

Las costas deberán ser soportadas por los demandados fundamentalmente vencidos (artículo 68 párrafo primero), regulándose los honorarios por resolución aparte.

ASI LO VOTO

El señor Juez doctor RUSSO por los mismos fundamentos, votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 14 de diciembre de 2000.-

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se hace lugar a la presente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Las costas deberán ser soportadas por los demandados fundamentalmente vencidos, practicándose las regulaciones de honorarios por resolución aparte.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. José Eduardo Russo. Ante mí: Esteban Santiago Lirussi.-