

ACUERDO :

En la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, a los VEINTE días del mes de Febrero del año dos mil diecisiete, reunidos los Sres. Vocales de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dres. Virgilio Alejandro Galanti -Presidente-, Valentina Ramirez Amable y Andrés Manuel Marfil, para conocer del recurso de apelación interpuesto en los autos: “G P V S C/ O C V S/ ORDINARIO IMPUGNACION DE PATERNIDAD” Nº 8586, respecto de la sentencia de fs. 48/50 vta.. De conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado, -art. 260 del C.P.C. y C.- la votación deberá efectuarse en el siguiente orden, Dres. Galanti, Marfil y Ramirez Amable.

Estudiados los autos, la Sala estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ Es justa la sentencia apelada ?

A la cuestión planteada el Dr. Virgilio Alejandro Galanti dijo:

1.- Vienen las presentes con el objeto de abordar el tratamiento del recurso de apelación que la parte actora deduce contra la Resolución obrante a fs. 48/50 vta. que admitió la impugnación del reconocimiento de su paternidad sobre la niña A.M.G.P., sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitraran los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta.-

2.- Contra ésto último es que se queja el recurrente pues entiende que al admitirse la demanda han cesado para él todas las obligaciones en relación a la menor en mérito a la inexistencia de vínculo filial.-

3.- Oportunamente se pronuncian la demandada y el Ministerio Público de la Defensa en favor del rechazo del recurso y el mantenimiento de la resolución cuestionada, y el Ministerio Público Fiscal propiciando la admisión del recurso y la revocación de la misma en el aspecto cuestionado.-

4.- Ingresando al meollo del asunto diremos que el resolutorio se encuentra a nuestro criterio correctamente dictado y debe ser mantenido (más allá de lo que infra señalaremos respecto de la duración de la medida) dadas las singularidades que el caso en análisis presenta, entre ellas tres fundamentales a saber: la edad de la niña, su discapacidad y el trato ostensible y efectivo de padre que durante años él actor diera a aquella.-

Se hallan en juego relevantes derechos de la niña a ser tutelados que dimanen en particular de la “Convención de los derechos de niño” (interés superior art. 3 y concs.) y la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.-

Vale señalar que incluso antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la jurisprudencia había receptado este tipo de circunstancias respecto a la construcción de la identidad dinámica (conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia", T.IV, 274/275, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2014).-

Verbigracia en un interesante fallo se revocó una sentencia de primera instancia que otorgó una cuota alimentaria solo en favor de a hija biológica del demandado, señalando la Cámara que debe reconocerse el derecho de un menor a recibir alimentos de quien, sin ser su padre biológico, ha reconocido haberse comportado como tal a lo largo de siete años de convivencia junto a la madre de aquél y aún después de cesada la misma, ya que quien asume una conducta jurídicamente relevante no puede pretender luego que se tutele una situación incompatible con aquella. Señaló la Alzada que el trato de padre a hija que vincula al demandado con la niña L.A.G., se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad. En efecto, doctrinariamente se distinguen dos aspectos o facetas del derecho a la identidad a las que se identifica como: "la faz estática", referida al origen biológico de la persona (aquello que hace a su identificación, el nombre e imagen) y la "faz dinámica", esencialmente cambiante, configurada por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior. Se refiere a hechos objetivos por los cuales se identifica a la persona, a través de su historia individual y social. La identidad personal se construye día a día, y se encuentra vinculada a todos y cada uno de los actos y vivencias de la persona a lo largo de su existencia. En este orden de ideas, la identidad de la niña L.A.G. no se circunscribe a la "realidad biológica", sino que tiene una proyección psicosociológica, en la concepción de Stoltemberg, esto es la influencia de los aspectos psicológicos sobre la problemática social. Un niño que vive en una familia se inserta sistemáticamente en esa célula social y naturalmente genera lazos afectivos y respuestas consecuentes de los integrantes de dicho grupo, o sea se incorpora en el afecto real o presumible (Arbonés, Mariano; "Filiación y Derechos Humanos: El mundo al revés", El Penalista, Año 2, Nº 12, Octubre 2008, p.8). Esta "identidad dinámica" de la niña L.A.G. con relación al demandado se encuentra tutelada por el art. 75 inc. 22 CN, que al incorporar la "Declaración Internacional de los Derechos del Niño", obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el "favor minoris", el cual exige que el derecho a la "identidad" de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica. A ello debe agregarse que en toda cuestión en que se vean afectados derechos de los niños, se debe resolver respetando su interés superior (art. 3 de la Declaración citada), noción ésta que ha merecido diversos conceptos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pero adoptando el criterio de nuestro más alto tribunal, ese interés superior es el conjunto de los bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor, y entre ellos el que mas conviene en una situación histórica determinada" (C.Civ. Com. y Con. Adm. de San Francisco, "G.S. c/L.D. s/alimentos", del 13/12/2012").-

Comentando este fallo el Dr. Jáuregui ha referido que "la respuesta de Cámara en una de sus posibles lecturas adquiere un claro rumbo para posibilitar que los sujetos se responsabilicen afectiva y materialmente de sus propios actos. Que lo hagan en justicia y ante el derecho -sin más- por el amor que entregaron y también por el que recibieron. Como diría el viejo y sabio refranero

popular: "Que no borren con el codo lo que escribieron con la mano". Los insta a tomar conciencia de la magnitud de sus acciones, ayudándolos a un digno crecimiento espiritual. Y firmemente la Cámara acorazó las respuestas en las normas constitucionales, con lo cual los cimientos que la hospedan son sólidos y conceptualmente lucen indestructibles" (conf. JAUREGUI, Rodolfo G., "La obligación alimentaria del progenitor afin: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos.", "Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, N2, Marzo de 2013, págs. 66 a 79, Ed. La Ley).-

Pero además a partir de la redacción del nuevo Código Civil y Comercial tal solución adquiere mayor fuerza a partir de los arts. 1, 2, y concs. que reclaman la resolución de estos casos que involucran sujetos vulnerables precisamente a partir de la susodicha normativa. Con tal temperamento Constitucional y Convencional estimamos debe entonces abordarse el presente.-

Y en mérito a ello consideramos que el art. 676 del C.C. y C. (progenitores afines) luce aquí analógicamente aplicable, mas allá de los condimentos particulares que el caso que nos ocupa ofrece, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias (como podría ser aquí el mantenimiento de una obra social) para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura.-

El autor cuyo comentario antes citamos, en su reciente obra indica que esta norma tuvo aplicación jurisprudencial reciente en el supuesto de un matrimonio que obtuvo la guarda con fines de adopción plena de dos niños y que, luego de cinco años de hacerlos sentir como parte de una familia, obtuvieron el desistimiento de la acción. Consideraron los jueces que están obligados a cumplir con una obligación alimentaria, pues, si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, se los puede considerar "padres solidarios" o "progenitores afines" con lo cual la solución se justifica en la "solidaridad familiar" (CCCom. de San Martín, Sala I, 29-9-2015, "L.M.A. y otro s/Adopción. Acciones Vinculadas", L.L. DE 11-12-2015, P. 7; AR/JUR/54081/2015 citado por JAUREGUI, Rodolfo G., "Responsabilidad Parental- Alimentos y Régimen de Comunicación" Cód. Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, pág. 271- 2016, Rubinzal- Culzoni ).-

Similar situación se da aquí. El recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años.-

5.- Ello no empece claro está a resaltar que es la madre de la niña y el padre biológico de la criatura (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta.-

Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del art. 676 Cód. Civ. y Com.. En orden a ello en la

instancia de grado -donde se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello- oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.-

6.- Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado sin perjuicio de que la aclaración que se formula en el párrafo precedente especialmente sobre la duración de la medida.-

7.- Las costas se fijan por su orden en mérito a la novedosidad de la cuestión y como así a la aclaración que se efectúa a la Resolución en cuestión.

A la misma cuestión planteada el Dr. Andrés Manuel Marfil dijo:

En el voto precedente se ha explicado el motivo de la intervención de este Tribunal, voy a participar de la solución confirmatoria propuesta por el distinguido colega preopinante, permitiéndome además agregar las siguientes consideraciones.

Que son dos las cuestiones que se deben señalar en torno a esta medida, una es la posibilidad de que la misma se dicte dentro de un proceso de las características del presente, y la otra es que de oficio lo haya podido hacer la juez de grado.

Si bien el a quo no abundó en los fundamentos dados para sostener su resolución, está clara la línea tutelar en la que dirigió su obrar.

Son dos las fuentes convencionales y legales que permiten sostener la resolución una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad, viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector, contándose además con normas nacionales que caudan en la misma filosofía.

En relación a lo primero la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, plasman un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. Así el art. 7 del Dec. 415/2006 establece que podrán asimilarse al concepto de familia "...otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencial y protección...", como podrían ser los guardadores con fines de adopción (Cfr. Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Llovera; Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta Fé; 2014, pág. 226).

Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5º) dispone Artículo 5 . "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Asimismo, la precitada norma supralegal en varios artículos menciona otras categorías en las que se encuadra la figura de los guardadores: "...otras personas que cuidan de él" (art. 23), "...personas que sean responsables del mantenimiento" (art. 26) y "...personas encargadas del niño" (art. 27).

Recientemente se ha señalado que "cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera la guardadora de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

Este criterio socioafectivo -como bien señala la Dra. Herrera- se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (CAM Apel.Civ.Com.Mar del Plata, in re "162423 – "S., V. M. S/ Materia a categorizar" del 29/11/16 con cita de Herrera, Marisa; Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante" en obra colectiva: Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, T. I, Dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, pág. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo; Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal", en RDyF Nº 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, Guarda de hecho y adopción, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia – I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 328).

Así las cosas se comparte el criterio señalado en el voto anterior en cuanto la situación es encuadrable analógicamente en la figura del padre afín -art.676 Código Civil y Comercial- respecto del cual se fija la obligación alimentaria.

En esta tesitura sostuvo un Tribunal bonaerense que "...mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad..." (S.C.B.A., in re "A., F. A. , A., E. J., A., O. E. Art.10, ley 10.067", pub. en L.L. del 26/7/2016, pág. 4, con comentario de Fernández, S., La protección de derechos del niño. Visibilidad lo... ¿visible" Infancias en penumbras).

Por otra parte no se puede soslayar el hecho que la niña es discapacitada, y en esto entran a tallar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Artículo 4 Obligaciones generales 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; ...".

Y el Artículo 7 referente a los niños y niñas con discapacidad: " 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. ..."

En lo concerniente al hecho que se haya dictado de oficio la medida, la misma a esta altura del pensamiento jurídico parece inobjetable, pues si la nueva ley civil de los argentinos el Código Civil y Comercial de la Nación, ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados. Por ello, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder, toda vez que, lo único que se ha ordenado es que siga contribuyendo quién hasta la fecha del inicio de las actuaciones ya aportaba con los gastos de la obra social provincial para mantener a la interesada que es discapacitada con al menos una cobertura para cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida. POr otra parte cabe recordar que en "Furlan" de la CIDH señaló que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos.

En estos obrados el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en donde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que queda la menor.

Sostiene Graciela Medina que "Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia". El status familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable

"Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a Ud. deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar (Medina, Graciela Publicación: Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 5 Septiembre 2015 Fecha: 07092015 Cita: IJLXXX322 con cita de: PATTI, S., "Famiglia e responsabilità civile", Milano 1984, pág. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de familia puede verse más ampliamente FRACCON, A., "I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno" en Il diritto di famiglia e delle persone, volumen xxx, eneromartzo 2001 pág. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española

defiende esta posición ROCA I TRÍAS, E., "Familia y cambio social", (De la casa a la persona), Cívitas 1999, pág. 75).

Conforme lo acontecido en estos obrados, como se dijo, la situación es equiparable a la del progenitor afín, con lo cual los deberes del recurrente para con quien hasta la sentencia era legalmente su hija, no concluyen, pues queda ahora igualmente alcanzado por el campo de irradiación de los deberes familiares, y por aplicación del principio general de no dañar a otro.

En lo demás se comparte lo expresado por el primer voto en cuanto al plazo y conductas parciales y judiciales a adoptar.

A la misma cuestión planteada la Dra. Valentina Ramirez Amable dijo:

Adhiero a los votos precedentes de los Dres. Galanti y Marfil, por compartir sus fundamentos, los que son coincidentes y complementarios entre si respecto de la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal.

Con lo que no siendo para más, se da por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia:

Virgilio Alejandro Galanti

Andrés Manuel Marfil

Valentina Ramirez Amable

Ante mí:

Sandra Ciarrocca

Secretaria de Cámara

S E N T E N C I A :

Paraná, 20 de febrero de 2017.

Y V I S T O S :

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se

R E S U E L V E :

1º) Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora contra la Resolución de fs. 48/50vta., aclarándose la misma según considerando 5 de la presente para su cumplimiento.

2º) Costas por su orden, art. 65 C.P.C. y C.-

3º) Regular los honorarios dealzada a los Dres. y , en la suma de Pesoss (\$) a cada uno -arts. 3, 64 Ley 7046-.

Regístrese, notifíquese y, en estado, bajen.

Virgilio Alejandro Galanti

Andrés Manuel Marfil

Valentina Ramirez Amable

En igual fecha se registró. Conste.

Sandra Ciarrocca

Secretaria de Cámara