

Expte. N° 22520

2ª Instancia.- Santa Rosa, mayo 31 de 2022.

La doctora Álvarez dijo:

I. La resolución en recurso

Viene apelada —subsidiariamente— por M. O L. —parte actora— la resolución dictada (con fecha 23/03/2022, act. 1432261) por el juez Andrés N. Zulaica, quien, en el marco de la demanda promovida por aquel y según la cual pretende la nulidad del acto de reconocimiento que efectuó respecto de la niña K. A. L., mandó a sustanciarla con C. J. A. (su ex conviviente y progenitora de aquella) pero no así respecto de la hija cuyo emplazamiento paterno filial se impugna.

II. La impugnación: sus fundamentos

Contra lo así decidido el actor dedujo reposición ante el juez actuante (art. 232 Cód. Proc. Civ. y Comercial) pero, desestimada que fuera, concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, el que —ahora— hace las veces de memorial de agravios (cfe.art. 246 —último párrafo— Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En ese orden (cfe. act. 1446763), el apelante sostiene que el juez, al no proveer el traslado de la demanda respecto de K. A. L., quien corresponde intervenga dado el carácter de parte, la litis no se encuentra debidamente integrada.

Ello porque el objeto central de la acción promovida tiende a dejar sin efecto el acto jurídico de reconocimiento efectuado a su respecto, por lo que cualquier pretensión judicial que pudiera implicar la modificación y/o extinción de aquel acto y, consecuentemente, alterar su estado civil, debe necesariamente contar con su participación procesal porque, de no hacerlo, se vulneraría su defensa en juicio.

Desde esa perspectiva —con cita de Lino E. Palacios— argumenta que la naturaleza de la acción promovida implica un litisconsorcio necesario y en orden a lo normado por el art. 81 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (“Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse últimamente más que con relación a varias partes, estas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere, el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes se ordenará, la integración de la Mis”), debe dársele necesaria participación.

Refiere que uno de los valores que con motivo de la constitucionalización del derecho privado se introducen en el Cód. Civil y Comercial, lo es el “interés superior del niño”, el que encuentra asidero legal en la Convención de los Derechos del niño (arts. 3 y 12, convención que fuera ratificada por la Argentina mediante la Ley 23.849) y, ulteriormente receptado en el artículo 3 de la Ley N° 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).

Expone, asimismo, que aquel principio rector en el ámbito del derecho de familia ha sido plasmado en el art. 706 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto dispone: “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. [...] c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.” y, en el art. 707 establece que: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Bajo tales premisas concluye que “El Derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído en todo proceso judicial y/o administrativo que lo afecte directamente, es una consecuencia del principio antes mencionado, conforme al cual toda decisión que se adopte respecto a niños, niñas y adolescentes, debe siempre valorarse según su Interés Superior”.

Y así también que “... No cabe duda que en los presentes autos, tanto el transcurso del proceso como la decisión que oportunamente se adopte, implicará una afectación directa a la menor K. A. L. Esto no solo porque dichos autos se refieren al estado filial de la niña, sino más aún, porque afectan su identidad biológica tanto en su faz estática como en su faz dinámica, por lo que es aún más importante su participación en el proceso, más allá de lo expuesto precedentemente respecto a la legitimación pasiva que la misma detenta”.

Razón por la cual —dice— en su demanda (en el punto IV) y de conformidad con el art. 102 de la Ley N° 2574 (Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia de La Pampa) solicitó la intervención del Defensor Público en razón de participar en este proceso una persona menor de edad.

—Agrega que, el juez, corrió vista a la Asesoría de NNyA quien, al contestarla (act.1464962) sostuvo que los

niños gozan de todos los derechos humanos más un plus de derechos en virtud de su condición de niños, es decir, personas en desarrollo a las cuales se les deben brindar mayor cuidado y protección; pero, propició confirmar de la providencia recurrida, no obstante que —según aclaró—, durante el transcurso del proceso y de ser necesario se le designe un tutor ad litem para el caso de un eventual conflicto de intereses que pudiera verificarse entre la niña y su progenitora, que, en tal caso, será requerido judicialmente desde esa Asesoría.

III. Su tratamiento y decisión

De conformidad a la postulación recursiva propuesta, lo cuestionado es la providencia que el juez de la anterior instancia adoptó en el estadio inicial de la demanda intentada.

Expresó allí que “...corresponde proveer las Actuaciones N° 1414608, 1418635, 1418651 y 1418663: Téngase a M. O. L. por presentado, por parte, por constituido el domicilio procesal y denunciado el real. [...] De la demanda radicada que tramitará por las normas del proceso ordinario (Art. 301 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y de la documental acompañada, córrase traslado a la demandada, C. Y. A., por el plazo de días (10) días; a quien se cita y emplaza para que dentro de dicho término la conteste y comparezca a estar a derecho, constituya domicilio y conteste demanda, bajo apercibimiento de ley (Arts. 44, 45, 320, 328 y 338 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). [...] Por otro lado, procédase a la recaritulación de las presente actuaciones congo: “L. M. O. c. A. C. Y s/ acción de nulidad”. Notifíquese”.

De lo así proveído surge entonces la orden de sustanciar la demanda con Y. A. pero sin que deba hacerlo respecto de la niña cuyo reconocimiento se impugna; solicitud que fue requerida por el actor al proponer su demanda (cfe. act.1414608).

En ese orden, deducida que fuera una demanda, el juez (cfe. art. 37 inciso b Cód. Proc. Civ. y Comercial) puede y debe señalar, antes de darle trámite, los eventuales defectos u omisiones de las que adolezca la que se intenta (a fin de que se subsanen y/o disponer de oficio toda diligencia necesaria a fin de evitar nulidades); incluso, puede desestimarla anticipadamente (cfe. art. 319 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Pero, sea cual fuere la decisión por la que se opte, deben brindarse las razones que así la motivan.

III. a) Bajo tales premisas, en este caso, sucede que en aquella providencia inicial impugnada, el juez no ha dado las razones que estimó para mandar a sustanciar la demanda solo con la progenitora; tampoco las expresó al resolver el recurso de reposición deducido por el actor, oportunidad en la cual podría haber explicitado el argumento por el cual entendía que lo así decidido no debía modificarse.

Sin embargo, primeramente, proveyó que la reposición era extemporánea para seguidamente señalar que “...los argumentos esgrimidos en el escrito bajo providencia no logran conmover la decisión de este Juzgado...”y, en definitiva, resolvió “... no ha lugar por no corresponder...”.

Pero, al no esgrimir en esa providencia inicial en qué residía la decisión de tramitar la demanda, únicamente, respecto de A., no se advierte cuáles serían los argumentos que —a través de la reposición— pudieron o no ser conmovidos.

De ello deriva que de la falta de fundamentación de aquella providencia inicial se suma que el rechazo de la reposición carece de ponderación suficiente y eficiente de los argumentos que, a ese fin, expuso el actor —no obstante que luego se compartieran o no— y, por tanto, lo decidido se traduce en una decisión sin fundamentación.

Es que, reitero —aun cuando al inicio no lo hubiera expuesto o advertido— sucede que la reposición planteada por el actor ante el juez, se erigió en la posibilidad para que aquel reviera en los inicios del trámite lo decidido o en su caso, así lo mantuviera pero explicitando los motivos que —a su criterio— no daban cauce al llamamiento al proceso respecto de la persona cuyo reconocimiento se impugna.

De allí que, en definitiva, al no explicitar el juez actuante antes ni después los fundamentos que sustentan lo decidido, la resolución adoptada carece de fundamentación.

Por tanto, desde esa óptica, le asiste razón al actor al cuestionarla, como —agotada que fuera la posibilidad de revisión por el juez que la dictó—, la de acudir a esta instancia a fin de que nos expidamos respecto de si la integración ha de serlo solo con la progenitora de la niña K. A. L. (como lo despachó el juez) o, en su caso, con ambas (según postuló el actor en su demanda).

III. b) En ese orden, cabe memorar en qué términos y en base a qué argumentos solicitó la sustanciación; y, de conformidad a la acción intentada (act.1414608) surge que —según relata el actor— durante el año 2008 comenzó una relación de convivencia con C. J. A. y, luego de un tiempo, comenzaron a tener constantes desavenencias, razón por la que decide separarse.

Expone que, al manifestarle su intención de finalizar la relación, aquella le comunica que estaba embarazada y le aseveró que era de la relación que los uniera; posteriormente, el día 23 de enero de 2013, nació la niña y en el convencimiento y confianza de lo expresado por su expareja, la reconoció como su hija, conforme consta en el acta de Nacimiento N° 220 que aportó.

Luego, producto de la duda sobre su paternidad como por algunas rispideces con quien fue su conviviente y madre de la niña, en el año 2021, se efectuó examen genético con las muestras que, a ese fin, se extrajo como la niña y la abuela materna en razón de la negativa de A. de someterse al estudio, el cual —dice— concluyó en que su probabilidad de paternidad era del 0%; es decir, la negativa de ese vínculo filial fue contundente.

Bajo tales circunstancias señala que, al haber reconocido a la niña pero por haber sido inducido a error por su expareja A., solicita judicialmente la nulidad del reconocimiento otorgado y, a ese fin, enderezó la pretensión contra la C. J. A. como la niña reconocida K. A. L.

En ese contexto dijo que de conformidad con los derechos comprometidos (y de los que dan cuenta las actuaciones antecedentes que vienen anexadas: acta de mediación de fecha 28/07/2021 y resultado de ADN Laboratorio Pampa Gen SH 29/09/2021), la acción intentada tiene incidencia directa en relación al estado de familia, no solo respecto de su parte como reconociente sino, principalmente, de la hija reconocida.

III. b) 1 Pues bien, cierto es que, a la fecha, la hija cuyo reconocimiento se impugna resulta una persona menor de edad (9 años).

Sin embargo, como sostiene el actor —y lo expresa Néstor Solari al comentar un fallo dado en el marco de un caso de aristas similares a este—, cuando “... la acción puede alterar el estado de familia de más de una persona, tanto si se tratare de emplazamiento como si fuere de desplazamiento del vínculo filial, las partes de la relación jurídica deben serlo todos aquellas personas que, con dicha acción, podrían ver alterado su estado de familia, en lo que respecta al vínculo filial. [...]”.

En ese orden —en aquel comentario— se memora que, de no hacerlo “... Sostuvo la alzada que así sustanciada la causa, su tramitación hasta esta instancia ha sido inútil, por la indebida integración de la litis y por consiguiente nula e insubsanable, debiendo el tribunal proveer de oficio, lo necesario para el reencauzamiento del procedimiento.”.

Así también —según allí se dijo— que “... como esta acción tiene por finalidad desplazar a ella de su calidad de hija del marido de su madre, por inexistencia del vínculo biológico, el proceso debió ser sustanciado no solo en contra del marido sino también de la madre y la misma menor, quien a su vez debió estar representada en juicio por un tutor especial, sin perjuicio de la representación promiscua del Ministerio Pupilar”

Ello “... exige a entender del fallo, del denominado “litis consorcio necesario”, pues se trata de la vinculación entre varios sujetos ligados por una relación jurídica inescindible y como tal solo puede ser decidida judicialmente con la presencia de todos los interesados, ya que, de lo contrario, la sentencia a dictar sería de cumplimiento imposible” y, por razones de “... utilidad procesal, el juez actuando la voluntad de la ley y aún en contra de la de las partes, debe proveer a la adecuada e inmediata integración del litigio” (Solari, Néstor E. “Impugnación y reclamación de la filiación. Integración de la litis”. Publicado en: LA LEY, 2020-C, (agosto), 743).

Asimismo, en cuanto a la acción de impugnación de paternidad, se ha dicho: “...: (c) Legitimación pasiva: Si la acción es intentada por el hijo, se dirigirá contra el reconociente o sus herederos. Cuando es incoada por un tercero interesado, se deducirá contra el reconociente y el hijo. Siendo este menor de edad, será representado por el otro progenitor (siempre que no sea el demandante) o, en su defecto, por un tutor especial. En cualquier caso, actuará por su propio derecho con el patrocinio de un abogado del niño si tuviere la edad y el grado de madurez suficientes” (Alesi, Martín B. “Las acciones de filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil y Comercial” Publicado en: RDF 57, 233).

Con lo cual, como se advierte, la pretensión impugnatoria que en este caso efectúa el actor, como aquellas que refieren los autores citados (y que se traen a colación a fin de contextualizarla) contienen un presupuesto común, cual es la impugnación del estado de familia, no obstante que aquí, el progenitor reconociente lo haga invocando que el acto de reconocimiento paterno-filial es nulo por presuntos vicios del consentimiento.

III. b) 2 Asimismo, cotejando ahora la opinión dada por la Asesora de NNyA a resultas de la vista conferida por el juez (previo a resolver la reposición pero que luego no fueron referidos), se observa que dicha funcionaria —siguiendo a Aída Kemelmajer de Carlucci—, señala los mandatos que emergen de la Convención sobre los Derechos del Niño y expresa que “El nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad incapacidad y se asienta en el principio constitucional-convencional de la autonomía progresiva de los niños y

adolescentes en el ejercicio de sus derechos (arts. 3°, 5°, 12, CDN, opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH).

Refiere que “...Los primeros párrafos del art. 26 indican: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Está claro: a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante”.

Luego indica que, en este caso, la niña cuenta con 9 años de edad recién cumplidos y sin perjuicio de que la normativa legal vigente no establece un límite etario para el ejercicio de los derechos, en principio no cuenta el grado de madurez suficiente que le permita ejercer su derecho de defensa.

De allí —dice— que la ley establezca que tales derechos serán ejercicios en forma indirecta por medio de sus representantes legales quienes, conforme lo determina el art. 101 inc. b) del Cód. Civ. y Comercial, en el caso de NNyA serían sus padres, más la representación otorgada por el art. 103 al Ministerio Público, la cual será complementaria o principal, de acuerdo a las particularidades del caso.

Evoca la opinión consultiva OC-17/2002, cuando señala “Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento [...] si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

Acude nuevamente a lo expresado por la autora citada para señalar que “Aunque la intervención del niño no sea directa, sino “indirecta” a través de sus representantes legales, en una gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa ejerciendo su “derecho a ser oído”. Este derecho, que se encuentra consagrado entre las reglas generales de capacidad (art. 26 del Cód. Civ. y Comercial) se reitera entre los principios del proceso de familia. El art. 707 dispone que los niños, niñas y adolescentes “con edad y grado de madurez suficiente” para formarse un juicio propio (...) tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente.”.

Continúa diciendo que “...Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”. Para la observación general OG-12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.” (La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial Kemelmajer de Carlucci; Aída Molina de Juan, Mariel F. Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 3)”.

En función de tales consideraciones, propicia la confirmación de la providencia inicial recurrida no obstante que, durante el transcurso del proceso y de ser necesario, ante un eventual conflicto de intereses que pudiera verificarse entre la niña y su progenitora, se designe un tutor ad litem que será judicialmente requerido por esa Asesoría.

III. b) 3 Sin embargo, lo así expresado y no obstante que desde lo conceptual se coincide con las directrices allí postuladas respecto del derecho a ser oído como la autonomía progresiva de la capacidad de los NNyA, antes que oponerse a la participación sustancial de K. A. L. en realidad viene a enfatizarla.

Es que, justamente, la cuestión en recurso no tiene ligamen con la capacidad procesal para estar en juicio de la niña sino que atiende a la legitimación sustancial de aquella para ser “parte” del proceso.

De allí que no corresponde equiparar la legitimación pasiva sustancial de una persona menor de edad con la capacidad procesal para estar en juicio, sea por sí o representado por otro; son cuestiones disímiles.

Dicha diferencia se advierte prontamente cuando se intenta equiparar la premisa que sienta el art. 707 Cód. Civ. y Comercial (“Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”) con la legitimación pasiva, puesto que, esta, es condición necesaria para que aquella se materialice.

Sucede que aquella directriz establece una cuestión fáctica y contingente: la opinión del niño/a será tenida en cuenta si goza de discernimiento suficiente para poder expresarla (vgr. no sería el caso de un niño/a recién nacido), mientras que la legitimación sustancial alude a una necesaria participación de esa persona en tanto puede ser afectada o alcanzada por la sentencia que a su respecto se dicte.

De allí que el carácter de “parte” de un proceso de una persona menor de edad (como en este caso lo es K. A. L.) resulta independiente de si goza o no de capacidad procesal para estar en juicio por sí porque, para esta última hipótesis se prevén las herramientas legales y procesales para dotarla de ella.

No así cuando se carece de legitimación sustancial para demandar o ser demandada, puesto no puede ser suplida ni complementada y, de no integrarse idóneamente el proceso con las partes que necesariamente deben serlo, podría decretarse la nulidad de lo actuado a resultas de la carencia de esa sustancial intervención que, desde el inicio, no le fue dada.

En ese orden, y solo a modo de ejemplo, cerciórese lo estatuido en el Cód. Civ. y Comercial (art. 608) que, en cuanto a los “sujetos del procedimiento” en el proceso de declaración de la situación de adoptabilidad respecto de una persona menor de edad, requiere la intervención “...a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad u grado suficiente, quien comparece con asistencia letrada...” sin perjuicio de la participación que también prevé respecto de los progenitores de aquellos.

Por tanto, en ese proceso en el cual se está cuestionando el vínculo paterno filial reconocido, la persona cuyo emplazamiento se está poniendo en crisis, no obstante su menor edad, no puede quedar al margen de la acción promovida.

Ello, independientemente que luego de ese llamamiento, en su comparecencia al proceso lo haga representada por su progenitora (en su carácter de representante legal), por su propio abogado que al efecto se le designe o que en caso de serlo por su madre, de suscitarse conflicto de intereses entre ellas (cuestión que deberá ser ponderada una vez sustanciada la demanda pero no calibrada en abstracto y anticipadamente), pudiera designarse un tutor ad litem y, claro está, sin perjuicio de la intervención que al Ministerio Público le compete (como refiere la Asesoría de NNyA).

Mas, aquellas cuestiones, reitero, hacen a la representación procesal de la niña, no así a la legitimación que como tal detenta como sujeto de derecho de participar en este proceso, en el cual, justamente, se está pretendiendo la modificación de su estado de familia.

Se trata entonces, de un litisconsorcio necesario a fin de dar cauce, idóneamente, a la acción intentada, no obstante los modos como los alcances en que aquella legitimación sustancial pueda ser procesalmente ejercitada.

III. c) En suma, por todos los argumentos expuestos precedentemente, propicio admitir la impugnación efectuada por el actor L. contra lo decidido en la resolución de fecha 23/03/2022 (actuación SIGE N° 1432261) y, por consiguiente, deberá el juez de la anterior instancia ampliar la resolución inicial en la cual da traslado de la demanda intentada respecto de C. Y. A. —en los términos ya ordenados— pero incluyendo también a K. A. L., por ser ese el motivo de agravios que orientó la impugnación efectuada.

IV. De las costas y honorarios

Atento que lo impugnado resulta la providencia inicial dictada por el tribunal sin que se hubiera trabado aun la litis y por tanto, dado la ausencia de contradicción recursiva, las costas de esta segunda instancia se imponen en el orden causado (art. 62 —parte final— Cód. Proc. Civ. y Comercial) y, en razón de haber sido ejercida en interés del recurrente y dado su admisión favorable, se regulan los honorarios a favor de Camilo J. Catera (abogado patrocinante del actor) y que serán a cargo del apelante, en ... (...) UHON (cfe. arts. 11 y 12 ley 3371), con más IVA en caso de corresponder, de acuerdo a su condición tributaria frente a ese impuesto.

La doctora Torres dijo:

La cuestión que viene a consideración de esta Sala fue abordada por mi colega de modo suficiente y cuya decisión resulta adecuadamente fundada en los argumentos de orden legal que desarrolla y que comparto en su totalidad; razón por la cual voto en igual sentido.

Por ello, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad resuelve: I. Admitir el recurso de apelación interpuesto —en subsidio— por M. O. L. —parte actora— contra la resolución de fecha 23/03/2022 (act. 1432261) y, por consiguiente, readecuar la misma en los términos que se indican debiendo el juez de la anterior instancia incluir en la sustanciación de la acción intentada a K. A. L., según las razones y alcances dados en los considerados en la presente. II. Imponer las costas de Segunda Instancia en el orden causado (art. 62 —parte final— Cód. Proc. Civ. y Comercial) y regular los honorarios profesionales de Camilo J. Catera en ... (...) UHON (cfe. arts. 11 y 12 ley 3371), con más IVA en caso de corresponder y conforme se explicita en el considerando IV). III. Regístrese, notifíquese y firme que se encuentre la presente, devuélvase al Juzgado de origen. — Marina E. Alvarez. — Laura B. Torres.
