

**Voces:** Divorcio vincular y separación personal ~ Juicio de divorcio y de separación personal ~ Pruebas ~ Medios de prueba ~ Pericial

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación Corte Sup.

**Fecha:** 10/08/2010

**Partes:** P. de la S., L. v. P., G. E.

**Publicado en:** SJA 27/10/2010;

**Cita Online:** 20100742

### **Sumarios:**

1 . Sin perjuicio del principio de amplitud probatoria que rige en materia de filiación, y el derecho personalísimo de las personas a conocer su verdadera identidad, resulta inconducente la realización de la prueba de ADN solicitada por uno de los cónyuges, en el marco de un juicio de divorcio, a los fines de acreditar que, no obstante haberla reconocido voluntariamente, una de sus hijas no habría sido concebida en el seno del matrimonio, con lo que probaría a la vez, la causal de adulterio que invocara al reconvenir la acción de divorcio. (Con nota de María Victoria Famá).

2 . Sin perjuicio de que el resultado del ADN solicitado por uno de los cónyuges en el marco de un juicio de divorcio, a los fines de acreditar que una de las hijas habría sido concebida fuera del matrimonio -y tener así al otro cónyuge incurso en la causal de adulterio-, ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas. (Con nota de María Victoria Famá).

3 . En razón de que el objetivo del demandado -padre de la menor según la partida obrante en la causa-, no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, y toda vez que dicha circunstancia puede ser acreditada por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia. (Con nota de María Victoria Famá).

4 . La realización de la prueba de ADN solicitada en el marco de un juicio de divorcio por uno de los cónyuges, respecto de una de sus hijas, a los fines de acreditar el presunto adulterio de la madre de la menor, resulta violatoria de los arts. 3.1 , 12 , 21 y 27 , CDN, en tanto intenta someter injustificadamente a la menor a una prueba que puede dejar una huella psicológica que gravite eventualmente en su desarrollo personal, soslayando la preeminencia que debe darse en todo momento, conforme la mencionada Convención, al interés superior de los niños. (Con nota de María Victoria Famá).

### **Texto Completo:**

#### DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL.

I. Contra el decisorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -sala J- que habilitó la producción de la pericia ofrecida por la parte demandada, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja (ver fs. 95, 97/117 y 123 del respectivo cuaderno, a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

II. La resolución atacada confirmó la decisión de primera instancia, que consideró viable la prueba pericial consistente en el examen genético propuesto respecto de la niña A. M. P., en orden a la acreditación de la causal de divorcio esgrimida por el demandado (ver fs. 17/18).

Para así hacerlo, estimó que se trata de una probanza conducente, como asimismo, que su resultado sólo podrá valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones. Tuvo también en cuenta que ello no supone modificar el emplazamiento de la menor en su actual estado filiatorio, pues admitir la producción del estudio de ADN, de ningún modo importaría ventilar en el marco de estas actuaciones una acción de desconocimiento de la

paternidad legítima.

III. Disconforme, en su apelación federal la actora impugna al fallo por arbitrario.

Aduce centralmente que ni el criterio de amplitud de la prueba, ni lo dispuesto por el art. 8 [Ver Texto](#) , CDN autorizan a sostener el temperamento adoptado.

A través de citas doctrinarias, arguye que por razones éticas y de política jurídica, se puede privilegiar una identidad filiatoria no coincidente con la verdad biológica, y negar una investigación en ese sentido, aun cuando ello no implique necesariamente alterar el emplazamiento filiatorio del niño.

Subraya que la defensa en el juicio de divorcio de un padre -cuya conducta procesal describirá en el cap. 6.3 tildándola de mezquina, contradictoria y prescindente-, no puede justificar un daño a la identidad del hijo, sea ésta biológica o jurídica.

El derecho del infante a conocer su origen biológico, afirma, cede cuando hay intereses superiores que preservar, por lo que se trata de una prerrogativa que no es absoluta y que la propia legislación posterga en beneficio del mismo menor.

Continúa diciendo -con transcripción de jurisprudencia de esa Corte-, que el derecho al estado civil con fundamento genético, tiene un límite en función del respeto de otros principios y derechos, tales como la intimidad y privacidad de las personas.

Pide se revoque la resolución, pues ha transcurrido el plazo de caducidad previsto para la impugnación de paternidad, el parentesco se encuentra legalmente afianzado y existen intereses superiores al derecho a la identidad biológica de A. M.

IV. Tal como pone de resalto el defensor oficial (ver fs. 44/ 46 de este legajo), el recurso extraordinario intentado en autos presenta varios óbices formales.

Ante todo, observo que al proponer su oposición a la recepción de la medida que impulsa su contraria, la accionante se vale primero de argumentos pertenecientes al ámbito del derecho común y procesal, ajenos en principio a esta instancia extraordinaria (arg. Fallos 328:4769 [Ver Texto](#) ; 329:4659 [Ver Texto](#) ; 330:2234, 4770, entre muchos otros); tales como que -al estar cerrada la discusión sobre un vínculo al que calificó como consolidado definitivamente-, no debe recibirse prueba en torno a este tópico. Agrega que lo relativo a la paternidad de A. M. P., no puede utilizarse para acreditar el adulterio que se le atribuye.

En lo que atañe a esta faceta, la interesada se ha limitado a invocar la irrevocabilidad del reconocimiento filiatorio y la caducidad de la acción de impugnación rigurosa, que emanarían de los arts. 248 [Ver Texto](#) , 249 [Ver Texto](#) , 258 [Ver Texto](#) y 259 [Ver Texto](#) del CCiv., elementos éstos que el a quo dejó sujetos a eventuales acciones posteriores, por lo que el pronunciamiento impugnado carece, en este punto, de los rasgos de definitividad que subyacen en la doctrina de Fallos 330:4930, 4936, 5201; 331:293, 1186, 1215 y 1387 (entre muchos otros).

En segundo lugar, respecto de las alegaciones vertidas en torno a la procedencia de la inspectio corpore, al posible perjuicio que -de llevarse a cabo el examen- se causaría a la niña, a las implicaciones del estudio en el plano de la intimidad, a las proyecciones que en el área tendría la Convención sobre los Derechos del Niño y a las garantías de igualdad y de defensa en juicio, es menester advertir el carácter presunto y eventual de tales asertos. En efecto, A. M. -afectada directa- aún no ha sido oída, conforme lo disponen los arts. 12 [Ver Texto](#) , CDN y 27 [Ver Texto](#) , ley 26061, aspecto que -interpreto- no podrán soslayar los jueces de la causa, como paso previo a la producción de la medida cuestionada y a la determinación de sus eventuales modalidades, en la hipótesis de práctica concreta de dicho mecanismo probatorio.

En ese contexto, no parece que en la emergencia se haya consumado un gravamen concreto y actual, de insusceptible o insuficiente reparación ulterior, que habilite este remedio de excepción.

Finalmente, sin perjuicio de las contradicciones que señala la accionante en torno a la aplicación del art. 379 [Ver Texto](#) , CPCCN, lo cierto es que la Cámara dio efectivo tratamiento a la cuestión que le llegaba en apelación.

La referencia a aquella norma es, en definitiva, una alusión meramente accesorio, que no hace parte esencial de la motivación que prestó base a la sentencia, tal como -por otro lado- resulta claramente de los términos en que fue redactada. Con ello, estimo que ese agravio carece -en el marco de esta causa- de relevancia suficiente como para justificar per se la desautorización del pronunciamiento en examen.

En consecuencia, dado que los presupuestos de procedencia formal del recurso extraordinario no pueden, prima facie, salvarse a través de la invocación de la doctrina de la arbitrariedad o del desconocimiento de prerrogativas fundamentales, entiendo que dicho recurso no resulta viable (arg. Fallos 256:474 [Ver Texto](#) ; 298:47 [Ver Texto](#) ; 310:1486 [Ver Texto](#) ; 311:252 [Ver Texto](#) ; 324:354 [Ver Texto](#) , 533 [Ver Texto](#) ; 325:3476; 327:312 [Ver Texto](#) , 1245 [Ver Texto](#) y 2048; S.C. V. 148, L. XLII in re "Volpi, María C. v. Unión de Bancos Suizos" [Ver Texto](#) , del 20/3/2007; S.C. P. 1532, L. XLII in re "Padec Asociación Civil v. Banco de la Nación Argentina", del 5/6/2007; S.C. Q. 123, L. XLII in re "Queijeiro, María S. v. Banco Finansur S.A.", del 25/9/2007; y S.C. L. 1055, L. XLII in re "Lynch, Santiago A. v. Empresas Reunidas", del 30/10/2007).

V. Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja articulada.- Marta A. Beiró de Gonçalvez.

Buenos Aires, agosto 10 de 2010.

Considerando:

1) La Sra. L. del C. P. de la S. inició el presente juicio de divorcio contra el Sr. G. E. P. (fs. 51/58).

Al contestar la demanda, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. En lo que interesa, sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

A fin de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense (fs. 103/107).

2) Dicha medida mereció la oposición de la Sra. P. de la S. y de la defensora de menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la Cámara confirmó la decisión de grado que entendió procedente su producción (fs. 95). El a quo apoyándose en el dictamen de la representante del Ministerio Público de la anterior instancia, que hizo hincapié en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalismo de la menor de conocer su verdadera identidad sostuvo que la prueba de ADN solicitada era conducente para el esclarecimiento de la cuestión debatida.

Agregó, que el resultado solo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio de la niña.

3) Contra esta decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la presente queja.

La recurrente invoca que el reconocimiento de la niña formulado por el Sr. P. no se puede revocar, pues el estado de familia que constituyó es inalienable. En tal sentido, destaca que si el demandado hubiera querido desconocer la paternidad, debería haber intentado la acción de impugnación de la filiación establecida en el art. 258 [Ver Texto](#) , CCiv., lo que no hizo en tiempo oportuno, ya que al haber tomado conocimiento del parto, el término de un año previsto en el art. 259 [Ver Texto](#) para la caducidad de la acción, debe computarse desde la inscripción del nacimiento. A renglón seguido, critica el fallo con sustento en que prioriza la realidad biológica (art. 8 [Ver Texto](#) , CDN), sobre cualquier otro derecho y afirma que ni el principio de amplitud probatoria ni la Convención de los Derechos del Niño, autorizan a conculcar el derecho a la filiación.

4) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final. En el caso, la apelante ha invocado que la solicitud del cónyuge de la prueba de ADN de una de las hijas, para probar en el juicio de divorcio su adulterio viola el art. 3.1 [Ver Texto](#) , CDN. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los

tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace precedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 [Ver Texto](#), inc. 22, CN (art. 3.1 [Ver Texto](#), CDN) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14.3 [Ver Texto](#), ley 48).

6) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del art. 3.1 [Ver Texto](#), CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que podrían ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente "A. C. s/ adopción" (Fallos 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del art. 3.1 [Ver Texto](#), CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que la decisión respecto del niño implique un "trauma" para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

7) Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

8) Tales reglas hermenéuticas respecto del "interés superior del niño" (art. 3.1 [Ver Texto](#), CDN) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio.

Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.

9) Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que específicamente podía traer aparejada para M. la producción de la prueba en cuestión. Cabe agregar, que según las constancias de la causa nunca se requirió la opinión de la niña que actualmente cuenta con 14 años, pese a que los arts. 12 [Ver Texto](#), CDN y 27 [Ver Texto](#), ley 26061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos.

Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña.

10) Se advierte entonces, que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio.

Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

11) De todo lo dicho, cuadra concluir que, la sentencia dictada por la Cámara ha tomado una decisión sin

atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar el art. 3.1 [Ver Texto](#) y 21 [Ver Texto](#) , párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75 [Ver Texto](#) , inc. 22, CN y contemplada en nuestra legislación interna en el art. 321 [Ver Texto](#) , inc. i, CCiv. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado.

Por todo lo expuesto, y oída la procuradora fiscal:

Se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas (art. 68 [Ver Texto](#) , CPCCN).

Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.- Ricardo L. Lorenzetti.- E. Raúl Zaffaroni.- Carmen M. Argibay.- Carlos S. Fayt. Por su voto: Elena I. Highton de Nolasco.- Juan C. Maqueda.

VOTO DE LOS DRES. HIGHTON DE NOLASCO Y MAQUEDA.

Considerando:

1) Que contra el pronunciamiento de la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó el rechazo de la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial ofrecida por el demandado reconviniendo en el juicio de divorcio, la vencida dedujo el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2) Que al contestar la demanda de divorcio incoada en su contra, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves -anteriores a la reconciliación invocada por su parte-, que imputó a la actora alegando que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

3) Que para acreditar tal hecho ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense, medida que mereció la oposición de la contraparte y de la defensora de menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la Cámara confirmó la procedencia de su producción, al entender que resultaba conducente a los fines de esclarecer la cuestión debatida, y su resultado sólo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio que tenía la menor.

4) Que en la decisión traída a conocimiento del tribunal no puede soslayarse una evaluación de las circunstancias que, aunque prima facie parecería adelantar opinión sobre aspectos relacionados con la reconciliación de las partes invocada por el demandado, tiene por fin dar preeminencia a la atención de los intereses primordiales de la menor involucrada que requieren que no se la someta injustificadamente a una prueba que puede dejar una huella psicológica que gravite eventualmente sobre su desarrollo personal.

5) Que en razón de que el objetivo del demandado -padre de la menor según la partida de fs. 49 del juicio principal- no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia.

6) Que, en esa inteligencia, esta Corte entiende que el art. 3 [Ver Texto](#) , CDN no puede ser obviado por la aceptación de motivaciones procesales insuficientes para desvirtuar el contenido de una norma que, por corresponder a un tratado internacional incorporado a la Constitución Nacional (conf. art. 75 [Ver Texto](#) , inc. 22), debe reconocérsele una jerarquía superior a las propias leyes de la Nación.

7) Que la solución basada en la prioridad que se asigna a la referida Convención respecto del problema probatorio planteado en la causa, pone de manifiesto la existencia de cuestión federal que autoriza a esta Corte a resolver el problema planteado dando preeminencia al interés superior de la niña, lo que lleva a admitir la oposición a la prueba deducida por su progenitora.

Por ello, oída la procuradora fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. Con costas (art. 68 [Ver Texto](#) , CPCCN). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.