

Presencia y eficacia de la Reforma Constitucional de 1994 en dos pronunciamientos de Tribunales Superiores argentinos

Por Julio Luis GÓMEZ*

* Doctor en Ciencias Jurídicas. UCSF. Profesor de Grado y de Posgrado de Derecho de Familia en la UNL y en la UCSF, Juez del Tribunal Colegiado de Familia Número Tres de la Ciudad de Santa Fe.

1. Introducción

En su discurso de clausura de la Convención Nacional Constituyente de 1994 su Presidente, Convencional Eduardo Menem, advertía que “(h)ay que dejar que la doctrina y la jurisprudencia hagan vivos los textos constitucionales que acabamos de incorporar. Habrá que ver el funcionamiento de las nuevas instituciones; habrá que ver la aplicación de las normas para que, recién, se pueda formar un juicio de valor al respecto”.¹

Nos proponemos examinar, entonces, como el mismo título de esta nota lo anticipa, el modo en que la Reforma Constitucional de 1994 ha estado presente y cuál ha sido, en síntesis, su eficacia operativa en dos casos en materia de filiación decididos por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, recordando aquí la significación y trascendencia de las resoluciones judiciales cuando provienen éstas de Tribunales Superiores, atento al emplazamiento institucional de los mismos desde el cual operan con ese carácter de “demiurgos sociales”, actores fundamentales en la construcción de ese bien común político al que Armando Andruet (h) ha hecho referencia.²

2. El fallo del Tribunal Superior de Córdoba

Se trataba, en la especie, de la demanda por filiación extramatrimonial de un menor de edad. El padre alegado se negó a la producción de la pericia genética sosteniendo que la pretensión de aquél carecía de verosimilitud y razonabilidad ante la ausencia de otros medios de convicción y que, por ello, su ya referida negativa, fundada en sus derechos a disponer de su propio cuerpo y a sus convicciones religiosas y morales, mal podía constituir, por sí sola, fundamento suficiente como para el despacho de sentencia favorable a la ya aludida filiación.

El Tribunal anuló la sentencia de la Cámara *a quo* que había considerado que la norma del artículo 4 de la Ley 23511 exige que la pretensión deducida haya sido verosímil o razonable para que la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas por parte del demandado se erija como un indicio en contra de su posición y, consecuentemente, confirmó la dictada por el Juez de Primera Instancia acogiendo la demanda.³

Para fundamentar su decisión, el Tribunal tuvo a la vista el reconocimiento que del derecho a la identidad de la persona humana ha hecho la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8, de jerarquía constitucional por obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994.

Convirtiéndolo, pues, en el asiento, el eje central y la directriz de su argumentación, y tras entender que el mencionado artículo 4 de la Ley 23511 debía ser interpretado en modo concordante y no contradictorio con el derecho señalado, concluyó en que el comportamiento del accionado constituía, de por sí, la verosimilitud de la pretensión del demandante ya que es razonable colegir que la negativa del accionado tendía a que no se comprobare su paternidad, dejando a salvo aquí, como valladar para dicha conclusión, la concurrencia de circunstancias que hayan impedido la existencia de relaciones íntimas entre la madre de quien demanda y el indicado como padre.

¹ <http://www.eduardomenem.org/discursos.html>

² Su voto *in re*: “MBDV c/ EPB s/ filiación-recurso de casación e inconstitucionalidad”. 19-04-06.

³ “Negativa al análisis de ADN: ¿Único elemento para atribuir la paternidad?”. Nota aprobatoria de Bedrossian, a fallo en Revista Jurídica *La Ley*, año 18, N° 1, Córdoba, febrero de 2001.

Desde esta perspectiva, o relectura, si se quiere, de la disposición del artículo 4 de la Ley 23511, el Tribunal se preguntó si su interpretación no conculcaba el derecho a la intimidad del accionado, para responderse, con cita expresa una vez más, de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la invasión de aquélla reconocía como justificación “plena” la protección, a la que caracterizó con un enfático “necesaria”, del derecho a la identidad del niño, desvalorizando la conducta del demandado a la que reputó como abusiva y contraria a los deberes de colaboración en el proceso.⁴

La resolución objeto de este análisis absolutizó el derecho a la identidad del niño, actor en esta causa, potenciándolo de dicho modo en relación con los derechos invocados por el demandado, los cuales cuentan, asimismo, con reconocimiento tanto en el propio texto de la Constitución Nacional como en el de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y a los cuales la disposición del artículo 4 de la Ley 23511 atendiera al requerir, para el despacho de la pericia genética, verosimilitud y razonabilidad en la pretensión y calificar de indicio, y no de una presunción inversiva de la carga de la prueba, a la negativa para la producción de aquélla.⁵

Para ello adhirió a la tesis de la prelación jerárquica de los derechos⁶ al afirmar, como decíamos, que “la intromisión en la vida privada del individuo se encuentra plenamente justificada en la necesaria protección del derecho a la identidad del niño” o, al menos, a la de la ponderación circunstanciada⁷ al sostener, como también lo señalábamos, que “(el) derecho a conocer la identidad biológica del niño debe privar en este caso, por sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente” lo que lo convertía, bien podría decirse, en un no derecho.⁸

Tal razonamiento se traduce en que por sólo ser accionado, sin interesar, entonces, la factibilidad de una aventura o hasta de una malicia en la demanda al no examinarse la verosimilitud y la razonabilidad de ésta, ha de colaborarse con la producción de la pericia genética so pena de que la negativa genere, por sí sola, el acogimiento de la pretensión.

Corolario de lo dicho es que el auténtico resguardo de sus derechos por el demandado, no un ardid elusivo al que la verosimilitud o razonabilidad de la pretensión conduciría sí a advertir como tal,⁹ queda desbaratado. Y de nada sirve, entonces, la no compulsión para la producción de la pericia genética si en un escenario vacío de todo otro medio de convicción igual la negativa se pondera con la consecuencia que hemos señalado. No le quedará al accionado otra posibilidad que el sometimiento lo cual consiste, en los hechos, en la compulsión, ya no física pero sí moral, atento a las consecuencias de su acto, compulsión que a un tiempo se declama como inadmisibile, bien que en la especie de la física.

La operación del Tribunal trasciende así, creemos, de la denominada eficacia interpretativa de la Constitución, aquí de la Convención sobre los Derechos del Niño como integrante

⁴ Hasta aquí, y en reseña, los votos plenamente concordantes de los Vocales Ferrer, Sesín y Kaller Orchansky. Las reflexiones que los Vocales Sesín y Kaller Orchansky califican de “propias” también remiten a la trascendencia de la cuestión en la Convención sobre los Derechos del Niño y su relación con los derechos del demandado de reconocimiento constitucional.

⁵ Arazi, Roland. “Prueba ilícita y prueba científica. Conceptos generales”, en *Prueba ilícita y prueba científica*. Arazi, Roland (director). Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2008. En especial su punto 3.a: “Examen genético”.

⁶ Ekmekdjian, Miguel Ángel. “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, en *La Ley*, 1985-A, p. 847; y “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, en *El Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 114 y 945.

⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁸ Cianciardo, Juan. *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Ad hoc, Buenos Aires, 2007.

⁹ Gómez, Julio Luis. “Compromiso del derecho a la intimidad del demandado en la producción de la prueba biológica -en la especie de la genética- ofrecida por el actor en proceso por su filiación”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. N° 11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

del llamado “bloque de constitucionalidad federal”, respecto del ordenamiento infraconstitucional para ser derogatoria pudiendo aseverarse, entonces y en este sentido, que, a estar de este fallo, la norma del artículo 4 de la Ley 23511 queda reescrita parcialmente en el sentido de eliminarse de ella la exigencia de la verosimilitud o razonabilidad de la pretensión para la producción de la pericia genética y de calificar a la negativa a colaborar con ésta de presunción de paternidad, a salvo la prueba en contrario.¹⁰

Al obrar de este modo, el Tribunal Superior de Córdoba ha procurado, según surge de sus propias reflexiones, evitar que, ganada para los hijos extramatrimoniales la igualdad con los matrimoniales subsista entre aquéllos, casi como una categoría disminuida, la de los hijos procedentes de la relación clandestina de su madre con su padre imposibilitados por la conducta obstruccionista de éste para con ellos.

Y ha preferido, seguramente, aun ante la factibilidad de alguna demanda aventurada o temeraria, que debería ser, por otra vía y así lo postulamos, enérgicamente sancionada, y aún ante algún auténtico ejercicio de sus derechos por el demandado, atender al bien de la paternidad del niño, activando a la comunidad a comportamientos de cooperación en orden a tal bien, precisamente, también provisto a quien, por extramatrimonial y clandestino, podría verse, de lo contrario, privado del mismo.

3. La sentencia de la Suprema Corte de Mendoza

Quien se dijo a sí mismo padre extramatrimonial de una menor de edad impugnó la paternidad matrimonial de ésta solicitando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil al que calificó de ofensivo al nuevo derecho y de arcaico por violatorio de los artículos 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 17, inciso 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que reconocen el derecho a la identidad alegando que los tiempos han variado de tal modo que ya no es la hora en que se ocultaban los escándalos causados por la infidelidad conyugal en orden a la paz familiar y que los medios probatorios también han cambiado posibilitando la determinación del nexo biológico con su consecuente emplazamiento filiatorio, pidiendo finalmente que, con supervisión judicial, se procure y obtenga la integración entre su hija y él.

Tribunal rechazó la demanda.¹¹

Para hacerlo consideró, en el inicio de su argumentación, que la constitucionalidad o no de algunas de las disposiciones en materia de familia deben ser examinadas y decididas en concreto o, lo que es lo mismo, en el caso, recordando para ello, con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el concepto de “vida familiar”, aquí el de la niña con quien decía ser su padre, es jurídicamente indeterminado requiriendo, entonces, ser actuado conforme circunstancias y que el interés superior de aquélla impedía al mencionado padre dañarla.

Así, en la continuidad de su argumento, y tras pasar revista a decisiones judiciales que entendió vinculables al caso, así como a la controversia doctrinal en la materia a la cual

¹⁰ Arce y Flórez-Valdés, Joaquín. *El Derecho Civil constitucional*. Civitas SA, Cuadernos Civitas, Madrid 1986; Rivera, Julio César. “El Derecho Privado Constitucional”, en *Derecho Privado en la Reforma Constitucional*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Capital Federal, 1994.

¹¹ *Derecho de Familia*. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 2005, III, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, con nota aprobatoria de Krasnow.

concurren quienes sostienen la legitimación del presunto padre biológico, quienes la niegan y quienes distinguen, para reconocérsela, el hecho de que el menor goce o no de la posesión de estado de hijo de aquél, acompañó esta última posición al reputarla, en palabras suyas, que es la que “mejor concilia todos los intereses en juego: el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo”.

Y ya en la especie propiamente dicha, tuvo presente que se trataba en ella de una niña de apenas tres años conviviente con su madre y el marido de ésta quien la ama y la cuida por lo que legitimar al actor en el caso la desplazaría de dicha situación, operación ésta que se traduciría, por vía de su falta de precaución, en una intromisión del Estado en la intimidad de la vida familiar sin que pudiese afirmarse que la misma, de concretársela, respondería al verdadero interés superior de aquélla.

El Tribunal no ha desconocido, ciertamente, la operatividad de los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional con relación al ordenamiento jurídico infraconstitucional y ha tenido, seguramente, presente que, como se ha dicho, la norma suprema “se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de aquélla”,¹² motivo por el cual dejó señalada su adhesión a la que refirió como doctrina ecléctica distinguiéndose de este modo tanto de quienes, apriorística y genéricamente, postulan, aun ante la mencionada jerarquía de los Tratados Internacionales, la vigencia del “número *clausus*” del artículo 259 del Código Civil como de quienes, también apriorística y genéricamente, lo entienden inconstitucional en virtud, precisamente, de la ya mencionada jerarquía.

Evitando, entonces, la función derogatoria, y cumpliendo la interpretativa, dio a cada uno lo que entendió como lo suyo del caso recordando cómo el bien de la niña, su interés superior, el que la Convención sobre los Derechos del Niño le ha reconocido¹³ era el concreto y no el abstracto, atento a esa identidad no sólo estática sino también dinámica de la que Fernández Sessarego nos ha hablado¹⁴ y que impidió, en la causa, tener a la verdad biológica como un absoluto,¹⁵ conciente por lo demás de que podrá ser provista a la niña en su tiempo y convenientemente.

Con su interpretación el Tribunal repositó el eje de la cuestión: ya no sólo “identidad vs. paz familiar” en protección del matrimonio en sí mismas,¹⁶ sino paz familiar como identidad desde el punto de vista del interés de la persona del o de la menor de edad superior para examinar y decidir.

4. Conclusión

Al final de esta nota creemos haber demostrado, al menos en el ámbito propio de su objeto, el de los pronunciamientos judiciales referidos y estudiados, el modo en que el denominado bloque de constitucionalidad federal ha conmovido, desde sus especificidades del derecho a la identidad y del interés superior del niño, el ordenamiento jurídico infraconstitucional vigente al día de la Reforma Constitucional de 1994.

¹² Arce y Flórez-Valdés, Joaquín. Capítulo V, IV. 2. *Op. cit.*

¹³ Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. Capítulo I, punto 6.1. Dykinson, SL, Madrid 2007.

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.

¹⁵ Méndez Costa, María Josefa. *Derecho de Familia*. Capítulo XVII, punto 29. Méndez Costa, María Josefa; Ferrer, Francisco; D'Antonio, Daniel Hugo (autores), Tomo III-B, Astrea, 2009; Sambrizzi, Eduardo. “¿Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto?”, en *El Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, p. 206 y 827.

¹⁶ Méndez Costa, María Josefa. Punto 32.e. *Op. cit.*

Conmoción que se inscribe, ciertamente, en el trasiego del Estado de Derecho al Estado Constitucional confiado a los jueces, trasiego no exento, por lo demás, de controversias, de vacilaciones y de oportunas advertencias,¹⁷ y que Mosset Iturraspe supo avizorar, a poco de celebrarse la Convención Nacional Constituyente de 1994, al advertir “una especie de ‘activismo judicial’, empeñado en la eficacia de los derechos constitucionales, ahora de los nuevos derechos, fundamentales de la persona humana” y que no se limita “al ‘derecho vigente’, al pretender la concreción del ‘programado’ por la vía del Poder Judicial”.¹⁸

¹⁷ Menéndez-Menéndez, Aurelio. “Sobre lo jurídico y lo justo”, en *El Derecho, la Ley y el Juez*. García de Enterría, Eduardo y Menéndez-Menéndez, Aurelio, Civitas SA, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

¹⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?”, en *Derecho Privado en la Reforma Constitucional*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Capital Federal, 1994.