

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

///CUERDO:

En la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete reunidos los Sres. Vocales, para conocer los recursos de inaplicabilidad de ley deducidos a fs. 440/468 vta. y 469/479 vta. en los autos: **"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO FILIACION"- Expte. N° 7575**, respecto de la resolución de Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 423/434. Se practicó el sorteo de ley resultando que la votación debía tener lugar en el siguiente orden Sres. Vocales: Dres. Juan R. Smaldone, Emilio A. E. Castrillon y Leonor Pañeda.

Estudiados los autos, la Sala se planteó la siguiente cuestión:
¿qué corresponde resolver respecto de los recursos de inaplicabilidad de ley interpuestos?

**A LA CUESTIÓN PROPUESTA EL SR. VOCAL DR. JUAN
R. SMALDONE DIJO:**

I.- Los Dres. Juan Pablo Béhèran y Carlos H. Béhèran, por derecho propio, interponen sendos recursos de inaplicabilidad de ley -fs. 440/468 vta. y 469/479 vta.- contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 423/434 que, en lo que interesa relevante relacionar para la resolución de la presente: a) desestimó el recurso de apelación deducido por el demandado, Juan Pablo Béhèran contra la sentencia que hizo lugar a la acción de filiación extramatrimonial promovida por Alejandra Ester Díaz en representación de su hijo menor, quien al cumplir la mayoría de edad tomó intervención y fue declarado hijo del accionado y; b) admitió el recurso interpuesto por Juan Cruz Díaz, condenando al Dr. Juan Pablo

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

Béhèran conjuntamente con su apoderado y patrocinante, Dr. Carlos H. Béhèran, a abonar al actor en concepto de multa procesal el importe de un mil ochocientos juristas (1.800 J), equivalentes a la suma de pesos quinientos cincuenta y ocho mil (\$ 558.000) al día de la fecha de la sentencia.

Para así decidir y en relación a la filiación promovida, la Cámara, entendió que el juez debe valorar la negativa del accionado de someterse a la prueba genética como indicio grave contrario a la posición del renuente -art. 579 del C.C.C.N.- y que la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar -art. 710 del C.C.C.N.-, debiendo regir en el caso los principios generales de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad -art. 706 del C.C.C.N.-.

Bajo estas pautas, concluyó que atento la conducta observada por el Dr. Béhèran durante la sustanciación de todo el proceso, -que se negó desde el inicio a la prueba de ADN, no concurrió a las audiencias fijadas para la recolección de muestras biológicas, interpuso diversos recursos, incidentes y recusaciones, etc.-, la magnitud de la falta de cooperación, intensificada por estar en juego el derecho a la identidad de una persona, y las demás pruebas agregadas a la causa -testimoniales que dan cuenta del noviazgo que existía entre los progenitores-, constituían elementos de convicción suficiente para que proceda la pretensión actoral.

Por otro lado, para resolver acerca de la imposición de la multa procesal por temeridad y malicia que había sido diferida por el juez de primera instancia, explicó que conforme los principios de moralidad y buena fe en el proceso civil, el juez debe prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe y, en consonancia con ello, existe la posibilidad de

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

sancionar toda conducta temeraria y maliciosa con la aplicación de una multa de oficio o a pedido de parte, siendo la oportunidad para hacerlo al momento de dictar las sentencias definitivas -art. 31 incs. 5° y 6° y art. 42 del C.P.C.C.-.

En este sentido, apreció que ante la solicitud del actor de imponer la multa procesal por temeridad y malicia de los profesionales intervinientes, el juez de primera instancia en lugar de tenerla presente debió correr traslado y resolver en la sentencia. Sin perjuicio de ello, consideró que de las constancias de autos surgía que la parte demandada tomó conocimiento del pedido e incluso pensó que se resolvería con la sentencia. Agregó que también en la contestación de agravios los Dres. Béheran se refirieron al pedido de multa, por lo que el principio de bilateralidad aparecía resguardado.

Asimismo, expuso que el art. 270 del C.P.C.C. establece la posibilidad de decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primera instancia siempre que se solicite en la expresión de agravios y que las facultades disciplinarias del juzgador, de igual manera pertenecen al tribunal de apelación cuyo ejercicio no requiere petición de parte.

En base a estos fundamentos y teniendo en cuenta la actividad procesal desplegada por los Dres. Béheran, que calificó de obstruccionista, conciente, perjudicial para la contraparte y la eficacia de la función jurisdiccional, resolvió que deben ser sancionados con el máximo de la multa prevista en la normativa ritual.

II.- En el recurso de inaplicabilidad de ley de fs. 440/468 vta., el Dr. Juan Pablo Béheran sostiene que se hizo lugar a la acción de filiación con invocación de una supuesta negativa -inexistente- de someterse a la prueba genética, cuando en realidad solo ha mediado un cuestionamiento a su

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

procedencia jurídica debido a que el art. 4° de la ley 23.511 exige que para que pueda ordenarse la misma la pretensión debe aparecer verosímil o razonable, norma que el propio actor mencionó no obstante haber reconocido que no produjo prueba alguna.

Critica que la Cámara admitió la filiación sin practicar el examen genético cuando la ley 23.511 dispone que se debe realizar imperativamente, y que su parte se ha sometido de manera voluntaria a la pericial biológica e incluso solicitó la realización del examen genético ante el Servicio de Genética Forense del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia.

Esgrime, con cita jurisprudencial, que se debió y debe ordenar la realización de la prueba genética como medida para mejor proveer y que solo en casos en que resulta materialmente imposible la realización del examen sería válido el indicio establecido en la referida ley. Cita jurisprudencia sobre el tema, refiere y describe los procedimientos necesarios exigidos para la extracción de las muestras genéticas.

En cuanto a la multa procesal por temeridad y malicia, afirma que el juez de primera instancia difirió su pronunciamiento hasta la oportunidad de que se corra traslado a su parte, que esa resolución fue consentida por el actor, y que no puede haber apelación de agravios futuros lo que impide que la alzada pueda considerar el recurso de apelación del actor.

Denuncia absurdidad y arbitrariedad de la sentencia, errónea aplicación del art. 42 del C.P.C.C. por no haberse corrido traslado en violación del derecho de defensa en juicio y el debido proceso -art. 18 de la C.N.-. Aduce que la decisión de considerar temeraria y maliciosa su conducta es arbitraria por cuanto cada defensa formulada por su parte fue fundada en derecho y en

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

calificada doctrina y jurisprudencia.

Expresa que el art. 270 del C.P.C.C., no es aplicable al caso, pues no ha mediado omisión de la sentencia de primera instancia, por lo que el tribunal de grado ha resuelto sin previo pronunciamiento del juez de la anterior instancia, esto es, sin competencia para hacerlo y lesionando el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la doble instancia.

Continúa manifestando que las distintas impugnaciones articuladas fueron argumentadas con la convicción de que eran procedentes y que no son pasibles de sanciones quienes litigan creyéndose asistidos de alguna razón.

Finalmente, se queja en relación a la imposición de costas a su parte -art. 65 del C.P.C.C.-, porque el actor al contestar la expresión de agravios se opuso a la realización de la prueba genética propuesta y solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

Hace reserva del caso federal y peticiona.

III.- El recurso deducido por el Dr. Carlos H. Béhèran a fs. 469/479 vta., reitera los mismos argumentos desarrollados por el accionado respecto a la imposición de multa procesal por temeridad y malicia.

Peticiona y hace reserva del caso federal.

IV.- Se ordena correr traslado de los recursos de inaplicabilidad de ley deducidos -fs. 480-, los que son contestados por el actor -fs. 483/492 y 493/498 vta.-, quien solicita el rechazo de los mismos.

V.- Ambos recursos se concedieron -fs. 500/501-, con efecto suspensivo.

VI.- Sintetizados los antecedentes del caso, liminarmente y por razones de orden metodológico, ingresaré al examen del recurso interpuesto por

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

el demandado, en particular a las cuestiones referidas a la acción de filiación y las costas del proceso; para finalmente adentrarme en el tratamiento conjunto de ambos recursos en cuanto a la imposición de multa por temeridad y malicia se refieren, por ser idénticos sus argumentos.

a) En tal cometido, cabe expresar como reiteradamente lo tiene dicho este Tribunal, que la inaplicabilidad de ley no constituye una tercera instancia que habilite a esta Sala a introducirse en la apreciación que la Cámara ha efectuado de los hechos y de la prueba producida, por cuanto son cuestiones ellas ajenas a la casación, en virtud de tratarse de un medio impugnatorio que analiza la legitimidad de las sentencias definitivas.

El recurso de inaplicabilidad de ley, es el remedio creado para efectuar un control jurídico del fallo, examinando si el mismo ha respetado el derecho aplicable y ha efectuado un correcto encuadre jurídico de la causa. Siendo solamente viable el análisis de los hechos y la prueba cuando se invoque y demuestre arbitrariedad y/o absurdidad.

Sentado ello, y en referencia a las impugnaciones dirigidas a cuestionar la procedencia de la acción de filiación, se advierte que las mismas aparecen estructuradas en base meras discrepancias subjetivas carentes de fundamentos jurídicos lo suficientemente serios como para permitir la apertura de esta instancia extraordinaria.

En efecto, tanto lo afirmado por el recurrente acerca de la ausencia de otras pruebas que permitan hacer verosímil o razonable la exigencia de someterse a la prueba genética, así como la supuesta inexistencia de negativa para realizarse el análisis, como el planteo esgrimido en relación a la falta de consideración de la alzada de la propuesta por él realizada de efectuarse -ahora sí-

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

el examen genético, se edifican, algunas, en valoraciones que quedan subsumidas meramente en el ámbito del propio interés personal y, otras, en cuestiones de hecho y prueba extrañas por su naturaleza a la vía intentada. Es sabido, que al recurso de inaplicabilidad de ley -en principio- le incumbe el examen jurídico de la sentencia, en tanto no ha sido originariamente ideado para fiscalizar la conducta de las partes ni las pruebas producidas durante la sustanciación del proceso.

Realmente, amerita señalar que no existen razones jurídicas valederas como para no adjudicar consecuencias disvaliosas al comportamiento reticente del accionado, pues si bien en los juicios de filiación rige el principio de amplitud probatoria, lo cierto es que la prueba genética tiene una relevancia fundamental para determinar la realidad del vínculo biológico existente entre las partes.

En cuanto a ello, he fijado mi posición respecto a la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica *in re* "Moreyra Ramona c/ Ava Juan Carlos s/ Sumario con Medida Cautelar", Expte. N° 5877, sentencia del 24/11/2010, la que mantengo y reafirmo incluso con la nueva normativa -aplicada por los jueces de grado- que considera a la negativa injustificada como un indicio "grave" contrario a la posición renuente -art. 579 del C.C.C.N.-.

En dicha oportunidad, ya había manifestado que *"[s]i bien el supuesto de mayor dificultad para el juzgador se presenta cuando sólo cuenta -para pronunciarse- con la negativa del demandado a someterse a la pericia médica ordenada, no es menos cierto que -ello- de ninguna manera puede acarrear la impotencia de la jurisdicción de forma tal que la única solución sea*

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

rechazar la pretensión filiatoria. El indicio es fuente de presunción y la sentencia puede fundarse en ella con exclusividad cuando, conforme aquí acontece, media la imposibilidad de obtener otra prueba. En otras palabras, del indicio de negarse -el demandado- injustificadamente a rendir la prueba biológica deviene la no menos seria presunción de ser cierta la paternidad endilgada. Y, esto deber ser así aunque se cuente con este único indicio porque -sin duda- la actitud insolidaria revela gravedad bastante como para, a partir de allí, formar un criterio convictivo apto para consagrar la verdad de la filiación pretendida. Sucede que cuanto más precisión tiene la conclusión científica de los exámenes biológicos, más graves son las consecuencias legales derivadas de la negativa injustificada. Quien se niega, algo tiene que ocultar. He ahí el axioma actual que debe dispensarse al art. 4º, de la Ley 23511...También, debe saberse que la ley procesal habilita a juzgar la procedencia de la pretensión del modo verificado en el fallo impugnado; ello, ya que la conducta -en este caso- del demandado desplegada durante la secuela del juicio constituye un elemento de convicción suficiente. (conf. art. 160 inc. 5º, C.P.C.C.). Sencillamente, porque su inequívoca falta de colaboración no puede convertirse en obstáculo insalvable para establecer la realidad del vínculo biológico que denuncia la actora. Entonces, sumado el alto grado de eficacia de las pruebas biológicas, el no menos elevado interés familiar comprometido en autos y la negativa obstruccionista del demandado el resultado es que no presenciamos ningún motivo legal que habilite a remover el decisorio impugnado. La sinrazón del ocurrente es palmaria y ello no se conmueve con ninguna de las inidóneas conjeturas que realiza por cuanto los operadores del proceso no ignoran que perderá el pleito filiatorio quien -sin motivo atendible- frustra la investigación

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

del vínculo alegado a fuerza de impedir la producción del examen biológico."

Por otro lado, la misma solución corresponde a la queja atinente a la imposición de las costas a su parte por la acción de filiación perdida, por cuanto los argumentos expuestos evidencian la sola disconformidad que incumple ampliamente con la carga exigida por el segundo párrafo del art. 280 del C.P.C.C.

Asimismo, resulta oportuno recordar que el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la imposición de costas que efectúan los tribunales inferiores, resulta en principio inadmisibles por involucrar el análisis de cuestiones de hecho ajenas a la casación. (cfr. "Zodiaco S.A. c/ Dalinger Liliana Graciela y Otro s/ Sumario" Expte. N° 6268, sentencia del 17/05/2012; "Busti Jorge Pedro c/ Rovira Oscar Mario y Otra s/ Sumario", Expte. N° 6342, sentencia del 30/08/2012; entre otros).

En consecuencia, por los argumentos dados, resultan inadmisibles las impugnaciones efectuadas. Con costas -art. 65 del C.P.C.C.-.

b) Seguidamente, corresponde ingresar al examen de los agravios expresados por los letrados recurrentes referidos a la multa que se les impone en razón de la supuesta conducta temeraria y maliciosa calificada por la alzada.

En dicha tarea, cuadra señalar que si bien a pesar de que el debate propuesto remite al examen de cuestiones de hecho e índole procesal que por su naturaleza -en principio- son ajenas a la vía recursiva extraordinaria, ello no es óbice para ingresar a su tratamiento, toda vez que aparecen comprometidos derechos y garantías fundamentales en tanto el tribunal de grado se ha excedido en el límite de su competencia.

En efecto, tal supuesto se ha verificado en autos, pues si bien la jurisdicción de la alzada fue provocada a través de la expresión de agravios del

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

actor con el objeto de resolver acerca del pedido de multa procesal por temeridad y malicia; lo cierto es que el juez de primera instancia había diferido el pronunciamiento de la cuestión - fs. 337 y vta.- hasta tanto efectivamente se corra el traslado de la solicitud formulada y, en desconocimiento de ello, la Cámara, no solo concluyó que el *a quo* debería haberse expedido respecto de la declaración de temeridad y malicia en su sentencia en razón de lo dispuesto por los arts. 42 y 160 inc. 8° del C.P.C.C.-, sino también resolvió por los argumentos que expuso, imponer la multa procesal contenida en la normativa ritual, consagrando una suerte de salto de instancia obviando la reserva de jurisdicción que había efectuado el magistrado actuante.

Es sabido que la apelación devuelve al tribunal superior la plenitud de la jurisdicción y éste se encuentra frente a la reclamación en la misma posición que el inferior, es decir que dentro de los puntos objetados, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el *a quo*, incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia. (Loutayf Ranea Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo II. pág. 313., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009).

Sin embargo, a mi juicio, la competencia jurisdiccional del tribunal de segunda instancia no solo se encuentra limitada por los temas resueltos en la instancia inferior que han quedado firmes por no haber merecido agravios de las partes, sino también -en el caso- el límite se presenta respecto de aquella incidencia que ha quedado abierta y pendiente de resolución porque el juez reservó su decisión hasta la oportunidad en que se corra traslado de la misma. El art. 42 del C.P.C.C., ciertamente le da facultad al juez para aplicar la

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

multa por temeridad y malicia aun de oficio, pero si hubo pedido de parte, se debe correr traslado.

Asimismo, es dable señalar, que no se está en presencia de puntos omitidos -art. 270 del C.P.C.C.-, es decir, cuestiones que no han sido consideradas como consecuencia de lo resuelto, o que no han merecido tratamiento por error, omisión o sin fundamento aparente.

De tal modo, se advierte que la Cámara ha emitido un pronunciamiento obviando la reservada atribución de quien -además- está en mejores condiciones de valorar la conducta de los letrados que intervinieron -ante él- durante la mayor parte de la sustanciación del proceso.

En función de lo expuesto, cabe concluir que lo resuelto guarda una desacertada interpretación de las limitaciones que la normativa ritual establece para el tribunal de alzada por cuanto lesiona el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la doble instancia.

Entiendo que más allá de las consideraciones realizadas por el *ad quem* en cuanto a que los profesionales tomaron conocimiento del pedido de multa y contestaron el traslado de la expresión de agravios del actor, el pronunciamiento de segunda instancia solo debería haber ordenado el traslado para que el juez de primera instancia se expida en consecuencia.

Esta postura encuentra sustento en que el derecho de defensa en juicio debe ser especialmente salvaguardado y, ante la duda, toda interpretación contraria debe ser realizada de manera restrictiva. En definitiva, como no se corrió traslado en tanto el juez difirió su decisión, la sentencia de la Cámara sobre esa temática, implicó ir más allá de su competencia por alterar o superponer de esta manera las instancias, conculcando el debido proceso -art. 18 de la C.N.-

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

puesto que los recurrentes no pudieron defenderse efectivamente respecto de la calificación de su conducta.

Por ello, se propicia declarar parcialmente procedente el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por el Dr. Juan Pablo Béhèran -fs. 440/468 vta.- y procedente el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Dr. Carlos H. Béhèran -fs. 469/479 vta.-, contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones Gualeguaychú y, en consecuencia, dejar sin efecto la multa procesal impuesta a los profesionales recurrentes, disponiendo que el juez de primera instancia corra el traslado del pedido de multa por conducta maliciosa formulado por el actor, dejando sujeta la imposición de costas por esta incidencia al resultado de la misma. **ASÍ VOTO.**

**A LA CUESTIÓN PROPUESTA EL SR. VOCAL DR.
EMILIO A. E. CASTRILLON DIJO:**

I.- Reseñados los antecedentes del caso por el colega preopinante me remito a ellos, *brevitatis causae*, e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión sometida a juzgamiento.

II.- En tal cometido, siguiendo el orden metodológico dispuesto en el sufragio que me precede en cuanto al examen de los recursos de inaplicabilidad de ley deducidos, corresponde avocarme, en primer término, a dar respuesta a los agravios formulados por el demandado.

III.- Así, en referencia al embate dirigido a cuestionar la decisión de alzada que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia (fs. 333/337 vta.), en la que se declaró que Juan Cruz Díaz es hijo extramatrimonial de Juan Pablo Béhèran, con base en la aplicación del indicio grave que deriva de la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial genética (art. 579 del

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

C.C.C.N.), respetuosamente disiento con la solución que impulsa el Dr. Smaldone en su voto.

Ello por cuanto entiendo que la acción instaurada, la pretensión que motivó la promoción de la misma, y los fundamentales derechos e intereses personales y estatales involucrados en la resolución de esta controversia, conllevan a admitir los planteos casatorios formulados en el escrito impugnativo en examen; sin perjuicio de que, adelanto, ello no implica desconocer la reprochable conducta asumida por el demandado durante la tramitación de esta litis, lo que sin dudas tendrá especial repercusión en lo relativo a la imposición de las costas causídicas.

En efecto, no puede escapar a este análisis que la demanda de filiación deducida en autos persigue develar la identidad del actor, que constituye un derecho esencial del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural del ser humano en la que se encuentra involucrada la dignidad (C.S.J.N.; Fallos: 313:1117, cons. 9°).

De este modo, siguiendo a autorizada doctrina, la aludida relevancia de la identidad -integrada por la "verdad biológica" como parte de la identidad en su faz estática- y el desarrollo de la ciencia, influyen en forma directa para que la prueba genética adquiera un rol preponderante a los efectos de dirimir las controversias como la de autos. Es decir, en la actualidad esta es la manera de determinar la inclusión o exclusión de un vínculo filiar puesto en crisis.

En este orden de idea, de la lectura de las normas del ordenamiento de fondo dedicadas a las pruebas en los procesos de filiación (art. 579 del C.C.C.N.), puede observarse un orden de prelación dado por: **a)** la prueba

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

genética de la parte; **b)** la prueba genética sobre parientes; **c)** la negativa a someterse a la prueba genética y **d)** otros medios de prueba.

Y esta jerarquía encuentra su base en que el principal derecho humano involucrado en el campo de la filiación es el derecho a la identidad, y la alta probabilidad de paternidad que arroja la prueba de ADN es el fundamento básico que le da la fuerza que esta prueba ostenta en los juicios como el presente (cfrme. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo; Picasso, Sebastián. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Tomo II. Infojus, pág. 324/325, Buenos Aires, 2015).

Entonces, aun cuando durante la tramitación de este proceso el demandado mostrara una actitud contraria al deber de colaboración, en el caso ¿se resguarda efectivamente el derecho humano a la identidad haciendo prevalecer la aplicación de la dinámica de la carga probatoria y el indicio grave de la negativa, por sobre la tardía y "condicionada" voluntad del Sr. Béheran a someterse a la realización de la pericial genética, efectuada antes del dictado de la sentencia en la instancia de origen? Considero que la respuesta debe ser negativa.

Y es que no soslayo que es el juez quien actúa como director del proceso (art. 31, inc. 5° del C.P.C.C.), mas ello no puede dar lugar a que en este supuesto se privilegie el dictado de una sentencia con base en un indicio grave, cuando voluntariamente el demandado ha expresado y reiterado su intención de someterse a la pericial genética si la misma es llevada a cabo en la sede del Departamento de Genética Forense de este S.T.J.E.R. Si bien las razones que motivan esa "condición" aparecen rayanas con la defensa de una particular y antojadiza visión del accionado, cierto es que la petición radica en que las extracciones se efectúen en el mismo lugar donde (según lo dispuesto a fs. 314)

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

serían remitidas las muestras para su examen; circunstancia esta que no puede derivar en una disputa de posturas parciales y potestades jurisdiccionales que soslayan el objetivo primordial de esta acción: alcanzar la verdad biológica.

Máxime en este supuesto donde a fs. 61/63 vta. se resolvió desestimar la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado -confirmada por la alzada a fs. 97/98 vta.- aplicando el criterio sentado por esta Sala en autos "Smith c/ Zurdo", asignando prioridad al derecho a la identidad por sobre la cosa juzgada, indicando la sentencia de primera instancia que *"[e]n el presente caso, el objetivo de lograr la identidad personal del menor no puede considerarse cumplido, en virtud que la prueba biológica nunca se realizó, siendo irrelevante al caso las distintas circunstancias que hayan llevado a su no realización..."*.

Sobre el tema, en el citado precedente sostuve que *"...el objetivo fundamental de encontrar la verdad objetiva respecto a su identidad personal con las connotaciones y proyecciones que ello conlleva, no puede considerarse plenamente cumplido o satisfecho si la exclusión de la paternidad del demandado en aquella oportunidad se sustentó pura y exclusivamente en una prueba pericial cuyos resultados no pueden indicarse como terminantes o concluyentes considerando los avances científicos y la mayor precisión que al respecto arrojan los estudios de ADN..."* (cfrme. "Smith Raúl Gerardo c/ Zurdo Estela Susana y Otro s/ Ordinario", Expte. N° 5935, sentencia del 17/02/2011).

En este orden de ideas hago notar que la legislación vigente dispone que la prueba genética puede ser decretada de oficio por el magistrado interviniente, lo que incluso ha dado lugar a posiciones doctrinarias -discutibles o no- acerca de la posibilidad de la realización de la prueba genética de modo compulsivo en determinados casos atípicos (cfrme. Lorenzetti, Ricardo Luis.

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

"Código Civil y Comercial de la Nación". Tomo III. Rubinzal-Culzoni editores. Págs. 605/608, Buenos Aires, 2014).

Por tanto, estoy convencido que dar preeminencia a una "filiación presunta" por sobre la "filiación verdadera" prescindiendo de una prueba pericial genética a la que voluntariamente -ahora- se ha sometido el demandado, conlleva a que en el caso se tenga por insatisfecho el deber de despejar la incertidumbre acerca de la paternidad discutida, que no resuelve el principal problema concerniente a la determinación de la verdadera identidad de Juan Cruz, sino que en el caso la paternidad atribuida se asemeja más a una sanción procesal que a la efectiva actuación de la justicia en su irrenunciable cometido de brindar tutela al personalísimo derecho de cada uno a conocer su verdadera identidad de origen (cfrme. SCBA, "P., M. G. c/ M.G., J. M. s/ reconocimiento de filiación paterna extramatrimonial", fallo del 17/06/2009), que, asimismo, tiene su contrapartida en el interés estatal respecto de la identificación del estado civil de los individuos.

Ahora bien, sin perjuicio de los fundamentos hasta aquí explicitados no ignoro la -supra referenciada- conducta seguida por el demandado ante las reiteradas oportunidades en que se dispuso la producción de la pericial genética, por lo que con el objeto de salvaguardar los derechos de ambas partes y evitar la eventual posibilidad de que el dictado del presente sea utilizado con fines extraños a la tutela del fundamental derecho involucrado, propongo hacer lugar a la producción de la pericial genética de ADN, cuyas muestras serán extraídas en la sede del Departamento de Genética Forense de este STJER en la ciudad de Paraná, para lo cual el mencionado organismo deberá fijar audiencia en un plazo no mayor a quince (15) días desde que le fuera notificada la presente. De ser positivo el resultado que arroje la prueba o de evidenciarse alguna conducta

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

obstruccionista o reticente por la parte demandada, lo dispuesto en esta decisión no producirá efecto modificatorio alguno respecto del estado de la causa conforme lo resuelto en la sentencia recurrida. Caso contrario operará el cumplimiento de la condición, resolviéndose la paternidad atribuída al accionado y los efectos generados en consecuencia.

Las razones señaladas en este voto, como lo adelantara, constituyen respuesta suficiente a los puntuales agravios contra la imposición de costas decidida. Así, no obstante el resultado arribado considero adecuado imponer las costas en todas las instancias a la demandada, independientemente del resultado que arroje la pericial genética, y como consecuencia de las indicadas inobservancias al deber de cooperación y la conducta procesal asumida en este litigio, teniendo en cuenta que la solución que propicio es atendiendo a la salvaguarda de un interés superior, y no como la consumación de una particular posición parcial -art. 65, segundo párrafo; y 284 del C.P.C.C.-.

IV.- Ingresando ahora al tratamiento de la impugnación incoada por los letrados recurrentes contra la multa impuesta en la anterior instancia, coincido con los argumentos que motivan la decisión expuesta en el voto precedente, y, en consecuencia, adhiero a la solución que impulsa el Dr. Smaldone al respecto. **ASÍ VOTO.**

**A LA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL DRA.
LEONOR PAÑEDA DIJO:**

Adhiero al voto emitido por el Sr. Vocal preopinante Dr. Castrillon. **ASÍ VOTO.**

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

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

Juan R. Smaldone

Emilio A. E. Castrillon

Leonor Pañeda

Paraná, 28 de diciembre de
2017.

Y VISTO:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se,

RESUELVE:

DECLARAR PARCIALMENTE PROCEDENTE el recurso de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 440/468 vta. respecto de la resolución de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 423/434 y, en consecuencia, **a) HACER LUGAR** a la producción de la pericial genética de ADN, cuyas muestras serán extraídas en la sede del Departamento de Genética Forense de este S.T.J.E.R. en la ciudad de Paraná, para lo cual el mencionado organismo deberá fijar audiencia en un plazo no mayor a quince (15) días desde que le fuera notificada la presente, con sujeción a lo dispuesto en los considerandos precedentes; **b) DEJAR SIN EFECTO** la multa procesal impuesta a los profesionales recurrentes, disponiendo que el juez de

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

primera instancia corra el traslado del pedido de multa por conducta maliciosa formulado por el actor, dejando sujeta la imposición de las costas por esta incidencia al resultado de la misma.

DECLARAR PROCEDENTE el recurso de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 469/479 vta. respecto de la resolución de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 423/434 y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la multa procesal impuesta a los profesionales recurrentes, disponiendo que el juez de primera instancia corra el traslado del pedido de multa por conducta maliciosa formulado por el actor, dejando sujeta la imposición de las costas por esta incidencia al resultado de la misma.

LIBRAR OFICIO al Departamento de Genética Forense del S.T.J.E.R., con copia de esta resolución.

COSTAS en todas las instancias a la demandada -art. 65, segundo párrafo-.

HONORARIOS oportunamente.

Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen.

Juan R. Smaldone

Emilio A. E. Castrillon

**"DIAZ JUAN CRUZ C/ BEHERAN JUAN PABLO - S/ ORDINARIO
FILIACION"- Expte. N° 7575**

Leonor Pañeda

Ante mí:

*Sebastián Emanuelli
Secretario*

En igual fecha se protocolizó. CONSTE.

*Sebastián Emanuelli
Secretario*