



# LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

MARIANA ALVAREZ  
*UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO*

## INTRODUCCIÓN

**D**esde hace ya unos años viene abriéndose en diversos tribunales nacionales y provinciales del país, el criterio referente a la ampliación de la legitimación para la impugnación de la paternidad matrimonial.

Sin embargo, la doctrina esta dividida y así nos encontramos con quienes consideran que el artículo 259 del Código Civil es acertado<sup>1</sup>, quienes consideran que el mismo es inconstitucional<sup>2</sup>, y quienes adoptan una postura intermedia<sup>3</sup>.

Esta última ha sido la adoptada por la justicia mendocina en el fallo sujeto

---

<sup>1</sup> Entre otros, BELLUSCIO, A. C., "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", LL 1995-A-946; MÉNDEZ COSTA, María J., "La filiación después de la reforma constitucional" conforme cita en fallo de la Suprema Corte de Mendoza de fecha 12 de mayo de 2005, causa n° 81.859.

<sup>2</sup> Entre otros, BIDART CAMPOS, Germán, "Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor". LL 2002-C Pág. 719; GRAMARI, Cintia E y GODOY, Norberto, "Legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial", Rev. de Derecho de Familia 2004-II-87, Conforme fallo de la Suprema Corte de Mendoza de fecha 12 de mayo de 2005, causa n° 81.859.

<sup>3</sup> Entre otros, GROSMAN, Cecilia, "Acción de impugnación de la paternidad del marido", Bs. As., ed. Abaco, 1982, pág. 227.

a análisis, a saber “D.M., E.R.L. v/ V., R.E. s/ Impugnación de filiación matrimonial” (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza – 18/12/2007), nos proponemos desentrañar los fundamentos que llevan al juzgador a volcarse por el mencionado criterio.

De esta manera, comenzaremos realizando una breve narración de los hechos del caso, para luego ahondar en los principios involucrados en el mismo, teniendo presente en todo momento el artículo 259 del Código Civil, pero por sobre todas las cosas, el Interés Superior del Niño.

Por último, a raíz del estudio realizado, sugerimos una reforma legislativa en el ordenamiento jurídico argentino, tomando como modelo al derecho comparado.

### **1. PLATAFORMA FÁCTICA**

La parte actora, E.R.D.M., interpone la acción de impugnación de filiación matrimonial contra el matrimonio de R.E.V. y A.N., solicitando que se declare la inconstitucionalidad del artículo 259 de Código Civil el cual legitima para la interposición de dicha acción al hijo cuya filiación es cuestionada, al marido de la madre, y excepcionalmente a los herederos de éste.

Sostiene E.R.D.M. que mantuvo una relación afectiva con la Sra. R.E.V., quien se encontraba separada de hecho de su cónyuge Sr. A.N., y como fruto de dicha relación fue concebido el niño F.E.N, cuyo nacimiento se produjo en el mes de abril de 1999, luego de haberse reconciliado el matrimonio N.V.- La inscripción en el Registro de las Personas la realizó sólo R.E.V en el mes de febrero de 2000.

Tiempo posterior a la mencionada reconciliación, el Sr. A.N reconoce a F.E.N como su hijo.

La actora se ausenta de la ciudad de Mendoza, sin haber reconocido a quien dice ser su hijo, alegando que no realizó dicho reconocimiento en forma oportuna atento que había perdido su Documento Nacional de Identidad y cuando regresó de su viaje, el niño ya había sido reconocido por A.N.

En Primera Instancia, la Jueza no hace lugar al planteo de la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y en consecuencia, rechaza la demanda interpuesta por E.R.D.M. por falta de legitimación activa.

Parte de los hechos probados y no controvertidos en la litis fueron el matrimonio de los demandados, su separación de hecho temporal, la relación afectiva de la Sra. R.E.V. y el Sr. E.R.D.M. durante ese período de separación, la que terminó, reanudando R.E.V. la convivencia con su esposo; que el niño F.E.N. está inscripto como hijo de dicho matrimonio aunque se probó que genéticamente es su padre biológico la actora; que F.E.N. se reconoce inserto en la familia del matrimonio N.V.

Al momento de resolver, la Jueza estima que el interés superior del niño en el caso de marras es el de preservar la identidad, la estabilidad y el acceso a la verdad al margen del componente genético. El niño se encuentra identificado con la familia en la que vive y comparte vínculos afectivos con padres, hermanas, abuelos, tíos.

Asimismo, analiza el comportamiento de E.R.D.M al omitir reconocer a F.E.N., afirmando “...*el reclamante fue un padre ausente en los momentos de mayor vulnerabilidad y ahora, cuando su hijo ya tiene un padre pretende ser reconocido él como padre...*”.

A pesar del rechazo de la acción interpuesta, hace recaer sobre los padres en ejercicio de su responsabilidad parental, el comprometerse personalmente al mandato legal de hacer conocer a su hijo su realidad genética, poniendo en resalto el derecho del niño a conocer los orígenes.

La mencionada resolución es apelada por la actora, sustentándose en los mismos fundamentos que promovieron la acción de impugnación de paternidad matrimonial.

La Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza, resolvió confirmar la sentencia de Primera Instancia que denegó la acción de impugnación de filiación matrimonial interpuesta por el padre biológico, basando su fundamento -no en la taxatividad y constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil- sino en el Principio Constitucional del Interés Superior del Niño, adhiriéndose en este sentido a la doctrina legal de la Suprema Corte de Mendoza.

De este modo, manifiesta su apoyo a la postura ecléctica referente a la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, la cual “...*supedita la inconstitucionalidad de la norma a la situación particular en*

*análisis, haciendo primar el interés superior del niño...*”. Este interés en el caso bajo análisis se lo vincula íntimamente con el derecho a la identidad del menor ya que al mismo se pretende desplazarlo de su estado de familia.

Entiende la Alzada, que en el caso concreto tiene mayor peso el derecho a la identidad personal en su faz dinámica que estática, pero dejando siempre una puerta abierta al derecho del niño a modificar su filiación cuando el mismo esté en condiciones de hacerlo.

## 2. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS

En el presente fallo observamos como principios involucrados el Interés Superior del Niño, la Identidad Personal, y la Protección de la Institución Familiar, que serán desarrollados a continuación.

### 2.1 Interés Superior del Niño

Autores como Cecilia Grosman sostienen que la noción Interés Superior del Niño “...representa la consideración del niño como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El “interés superior del niño” emerge como fruto de una estructura familiar que busca el respeto de la individualidades que la componen...”<sup>4</sup> “Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades...”<sup>5</sup>

Al interés superior del niño, hoy lo encontramos como un concepto jurídico en el ordenamiento argentino, ya que se encuentra captado tanto en fuentes formales de derecho internacional como de derecho interno, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), y la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

---

<sup>4</sup> GROSMAN, Cecilia (Dirección) Polakiewicz-Chavanneau- Maggio-Ramos Gorvein-Lopez Faura- Vicchio- Levaggi- Risolfá de alcaro- Calvo- Kozicki. “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad” Ed. Universiada, Bs. As. 1998, Cap. I, pág 37.

<sup>5</sup> GROSMAN, Cecilia, ob. cit. pág. 75.

Si bien el Interés Superior del Niño es de difícil determinación, hoy hallamos una guía que nos aleja de aquella abstracción del término contemplado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta guía es la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, quien en el artículo 3° define el mencionado concepto como “*la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*” remarcando a continuación las pautas de interpretación que han de respetarse<sup>6</sup>.

Sostiene Azpiri<sup>7</sup>, “*es posible que ‘el interés superior del niño’ quede como una idea un tanto abstracta, pero no es dable concretarla más porque perdería el carácter de principio rector para la resolución de derechos en pugna*”.

En el caso de marras, vemos cuál es el disparador que utilizan ambas instancias para la determinación del Interés Superior del Niño, y así nos encontramos con la posesión de estado de familia, relacionando dicho estado con el centro de vida del niño “*...F está inserto desde que entiende, en una familia, dónde comparte afectos de padre y madre con dos hermanas, una mayor y una menor...junto con una familia grande...*”.

En razón del interés superior del niño, creemos que los jueces deben al momento de dictar sentencia cuando dicho interés esté en juego, mencionar cuáles son los derechos del niño que se ven afectados para establecer en el caso concreto cuál es el Interés Superior de ese Niño. En este sentido sostiene la Dra. Lloveras que “*La tendencia mundial hace emerger de las entrañas del derecho el interés superior del niño como determinante de las decisiones judiciales. A la par, la igualdad de los hijos y la verdad biológica representan dos ideas claves del ordenamiento a partir de la reforma operada en la Argentina, completándose con el de protección de la familia observado desde la perspec-*

---

<sup>6</sup> La mismas son: “a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.” Ver Ley 26.061 artículo 3.

<sup>7</sup> AZPIRI, Jorge. “Juicios de filiación y patria potestad. Colección Procesos Civiles 11”, Ed. Hammurai, Bs. As, 2006, pág.46.

---

*tiva de la CDN y LA LEY 26.061*”<sup>8</sup>.

## 2.2 Identidad Personal

Enseña Fernández Sessarego que el derecho a la identidad personal es “...el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su ‘mismidad’, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”<sup>9</sup>.

La doctrina ha contemplado que el derecho a la identidad personal comprende una faz estática, inmutable, y una faz dinámica que varía en el tiempo. En términos de Lorenzetti “...la identidad estática abarca el nombre, la identificación física, la imagen...Además hay una identidad dinámica. Existe una verdad biográfica, una historia, un estilo individual y social del sujeto; es aquello que distingue al individuo, que lo hace diverso...”<sup>10</sup>.

El derecho a la identidad es explicado en el fallo de análisis otorgándole un importante peso a la posesión de estado que detenta el menor. Se cita en este sentido la doctrina del Dr. Mizrahi quien reflexiona que “...en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato...”.

No obstante, dentro de este término de identidad personal, no podemos pasar por alto un principio que, a nuestro entender, se encuentra inserto en éste como es el Principio a la Verdad Biológica.

Este principio es el que nos interesa en el caso analizado, ya que el mismo, junto con el principio de igualdad, son los que emergen del derecho argentino en materia de filiación desde la reforma de nuestro Código Civil operada por

---

<sup>8</sup> LLOVERAS, Nora. “La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú” Ed. Universidad, año 2007, pág. 116.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos., citado por GIL DOMINGUEZ Andrés, FAMA M. Victoria y HERRERA Marisa en “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia” Ed. Ediar, 2007, pág. 228.

<sup>10</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, La Ley, 1993-D-673.

la ley 23.264.

Parece que a nuestros legisladores les interesó que el vínculo biológico coincida con el vínculo jurídico, y de esta forma a modo de ejemplo nos encontramos con el artículo 253 del Código Civil, que le otorga gran importancia a la prueba biológica, pudiendo ser pedida aún de oficio por el juez<sup>11</sup>.

Creemos que la identidad biológica es un derecho personalísimo que debiera estar al alcance de todos, ya que es ese derecho que uno detenta y nadie más, que permite saber cuál fue el principio de nuestra existencia, quienes son nuestros progenitores de sangre. Y es aquí dónde nos encontramos con el derecho a conocer los orígenes.

Sobre este derecho, Lloveras nos explica que *“El derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, responde al interés superior de todo hombre a saber lo que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué le precedió generacionalmente -tanto en lo biológico como en lo social -, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible”*<sup>12</sup>.

El derecho a conocer los orígenes lo encontramos en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*<sup>13</sup>, y hoy también en el artículo 11 de la ley 26.061 *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres...”*<sup>14</sup>. De esta manera observamos la fuerza que tiene en nuestro país este derecho a conocer los orígenes, que tal vez encuentre su fundamento en la historia que nos pesa, desde el último gobierno de facto, en virtud del cual el complejo sociológico y axiológico ha mutado.

---

<sup>11</sup> El artículo 253 del Código Civil Argentino establece *“En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”*.

<sup>12</sup> LLOVERAS, Nora. *“La identidad personal: Lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”*, RDF 1998-13-65.

<sup>13</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>14</sup> El destacado nos pertenece.

Sabemos que conocer nuestras raíces, puede producir un cambio abrupto en nuestra personalidad, por eso hemos de respetar el deseo más íntimo de las personas de querer o no conocer su origen.

De este modo, nos encontramos con la contracara de este derecho, que es el derecho de no saber los orígenes, el cual parece surgir a raíz del polémico caso “Vázquez Ferra”. *Se trata de una hija de desaparecidos que sabía que sus padres no eran sus progenitores biológicos; se negaba a prestar su propio cuerpo porque temía que el resultado de la prueba de ADN fuese invocado, en juicio penal, en contra de quienes la habían criado, educado, dado un nombre y una familia. A ese temor se oponía la angustia de años, vivida por quienes ni siquiera tienen una tumba donde ubicar a sus hijos.*

*Este derecho a no saber también tiene protección. Así, el art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Oviedo, 1997, dispone: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”<sup>15</sup>.*

Con lo hasta aquí expuesto, vemos cómo dentro de la identidad personal entran en juego otros derechos que la forman, y es el Juez quien debe poner en la balanza las desmembraciones de este derecho para decidir sobre el caso concreto, ya que en ciertas situaciones fácticas un derecho tendrá más peso que otro.

En el caso de análisis, la balanza se inclinó hacia la identidad dinámica del niño y al derecho a conocer su origen, ordenando a los padres del niño hacerle conocer a éste su verdad genética cuando lo consideren oportuno y conforme la madurez de su hijo.

En consecuencia, consideramos que la verdad biológica hace a nuestra identidad personal, pero no creemos que sea lo único que la constituye, ya que como nos enseña Kemelmajer de Carlucci<sup>16</sup>, existen distintas verdades, afectiva,

---

<sup>15</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. IX Cursos Intensivos de Posgrado “Actualización De Derecho de Familia Infancia y Adolescencia”, U.B.A, Julio 2008.

<sup>16</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. IX Cursos Intensivos de Posgrado “Actualización De Derecho de Familia Infancia y Adolescencia”, U.B.A, Julio 2008. “Existen distin-

biológica, sociológica, de voluntad individual y de tiempo, que son éstas las que hacen a la personalidad del sujeto de derecho, y no exclusivamente una de ellas.

### **2.3 Protección a la Institución Familiar**

El último principio involucrado en el fallo de estudio es el principio de protección a la Institución familiar, el cual se refiere al resguardo de la familia matrimonial, al interés familiar, frente a la injerencia de terceros.

Esta protección de la institución familiar, que el legislador de 1985 tuvo en cuenta al momento de reformar el artículo 259 del Código Civil, más que proteger a la familia en cuanto tal y con todos sus integrantes, quiso proteger al matrimonio, a las desavenencias que se pudieren presentar en la relación de cónyuges ante la intromisión de terceros, lo que traería tal vez aparejada la ruptura de tal institución. Creemos que de haber querido el legislador proteger a la institución familiar, el artículo 259 del Código Civil no sería aplicable sólo a la familia legítima, sino también a la familia de convivientes por ejemplo. Parece que en la mencionada norma prima la familia matrimonial, y observamos que nos encontramos frente a una especie de “privilegio” de la misma, ya que la norma no permite que extraños intenten alterar la “paz familiar” cuando la institución del matrimonio está en juego, pero deja una vía libre para que esos extraños alteren la “paz familiar” que gozan las familias de convivientes, ensambladas, etc.

Entonces realizando una interpretación teleológica, se observa que el legislador en el artículo 259 del Código Civil pretendió proteger el interés de la familia matrimonial y en él, el interés del niño. Ahora bien, nos preguntamos si en el colectivismo previsto en la norma, no se pierde el individualismo del propio niño, desprendiéndose en cierta medida una puja o colisión entre el interés familiar y el interés superior del niño.

Si realizamos una interpretación sistemática, teniendo en cuenta los principios que inspiraron la ley 23.264, nos cuestionamos si en la norma bajo análi-

---

tas verdades :la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos sagrados de la sangre), la sociológica (que genera verdadera posesión de estado), la de la voluntad individual (para ser padre o madre hay que quererlo), y la del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo)”

sis no se estaría conculcando la verdad biológica; y Lloverás nos responde que *“El principio de verdad biológica se moderó entonces en la primera etapa, con el de la protección del núcleo familiar en 1985.- Esta moderación de la protección de la familia, que significa en determinadas acciones un límite al derecho de identidad, no está vigente en la actualidad como real contenido de la filiación en el régimen argentino”*<sup>17</sup>.

Ahora bien, al resolver el caso en análisis, la Alzada, hace especial referencia a la finalidad de la norma 259 del Código Civil sosteniendo que *“...Primó en la especie la tradicional protección de la institución familiar, a quien se intentó preservar de las situaciones anómalas que la conducta de los mayores pudiera afectarla...”*. En igual sentido la doctrina ha considerado *“...esta supuesta protección a la familia se evidencia en la severa restricción a la legitimación activa en la impugnación de la paternidad matrimonial...”*<sup>18</sup>.

Frente a estos postulados, continuamos preguntándonos en tal caso si existe un paralelismo entre la protección a la institución familiar y el interés superior del niño, reflexión que será tratada a continuación.

### 3. UN ENFOQUE ACERTADO Y ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA CUESTIÓN

Creemos que el pronunciamiento de ambas instancias fue acertado, ya que conforme las circunstancias del caso, existían varios factores que indicaban que el Interés Superior del Niño F.E.N. es el estar con la familia que lo ha criado, con el padre con quien comparte afectos, con sus hermanas, abuelos, tíos. A pesar de no estar presente en este niño su verdad biológica, no cabe duda que se encuentran presentes las otras verdades tales como la afectiva, sociológica, la de voluntad individual y la del tiempo, las que también hacen a su identidad<sup>19</sup>.

Pero consideramos que existen algunas cuestiones que han de ser reflexionadas:

---

<sup>17</sup> LLOVERAS, Nora. Obra citada, “La filiación en la Argentina...”, pág. 49.

<sup>18</sup> LLOVERAS, Nora. Obra citada, “La filiación en la Argentina...”, pág. 49.

<sup>19</sup> Ver ut supra punto II. B.

**a) Paralelismo entre el principio de protección de la institución familiar matrimonial y el interés superior del niño.** ¿Es acorde la protección de la familia matrimonial con el interés superior del niño? En el caso de análisis creemos que la respuesta ha de ser afirmativa. La Alzada al resolver tuvo en consideración las relaciones interfamiliares, la posesión de estado familiar, los lazos afectivos reinantes en F.E.N. con cada miembro de su familia, es decir la faz dinámica del derecho a la identidad personal, aquella identidad que hace a la diversidad del sujeto, la identidad familiar. En este sentido la doctrina sostiene que “*En el ámbito del derecho de la filiación, el derecho de identidad personal describe...la pertenencia a una familia individualizada o - más correctamente - a las relaciones familiares que le corresponden por su emplazamiento en el estado de familia pertinente, leído corrientemente como "tener una familia".*”<sup>20</sup>

El fallo analizado nos enseña que es posible y necesario según las circunstancias del caso, salvaguardar el interés superior del menor a través del valla-dar que se le impone a terceros que quieran alterar la paz de la familia matri-monial, la paz del niño quien se identifica con los integrantes de su familia desde el comienzo de su existencia. Se protege esta identidad familiar por so-bre la identidad biológica, y de cierta forma en el caso de análisis y conforme los hechos que se sucedieron, observamos como el interés del niño se identifi-ca con el interés familiar, situación que puede variar en casos distintos.

**b) Edad del niño, niña o adolescente.** Otro factor que consideramos rele-vante es referente a la edad del menor. Así tendríamos en consideración la edad del niño como un factor determinante, ya que no existe similitud de cir-cunstancias en lo que se refiere a la posesión de estado de familia en un niño de un año que en un niño de nueve años como en el supuesto del caso analiza-do o de un adolescente. Creemos que cuánto más edad tenga el niño, mayor será la afectación que sufrirá ante un cambio sustancial al conocer su identi-dad biológica. Pero también sabemos que cuanta mayor edad adquiera el me-nor, mayor será la madurez que adquirirá para decidir sobre su situación filia-toria. Es que cómo dice el fallo en análisis “*...la verdad real sobre la filiación*

---

<sup>20</sup> LLOVERAS, Nora. Obra citada “La identidad personal...”

*es un derecho del niño que debe mantenerse en suspenso hasta que él esté en condiciones de ejercerlo... ”. Respecto del momento en que se adquiere esa madurez, la doctrina sostiene que la misma es a la edad de catorce años, edad en que conforme la normativa civil, el niño adquiere discernimiento suficiente para realizar actos lícitos<sup>21</sup>. Pero también aquí nos preguntamos si no sería tarde tal edad para revertir una situación deseada por el niño, niña o adolescente, lo que podría traer aparejado varios trastornos emocionales en el menor.*

**c) Cumplimiento efectivo del mandato judicial.** Encontramos la primera dificultad, a pesar de imponerse el debido control judicial, en el cumplimiento efectivo de la obligación impuesta a los padres de hacer conocer a su hijo su realidad genética. A nuestro parecer la Señora Jueza a quo utilizó por medio de la analogía, aunque no haya hecho mención al respecto, la normativa de la adopción. Específicamente el artículo 321 inciso h del Código Civil, en el cual se establece que la sentencia de adopción debe hacer constar que el adoptante hará conocer al adoptado su realidad biológica. Este mandato impuesto por la Justicia, ya sea en el instituto de la adopción o en filiación por naturaleza, es difícil de poder fiscalizarlo. Al respecto sostiene Lloveras que *“...Cabe preguntarse si la omisión, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de este compromiso asumido en sede judicial y a través de la sentencia de adopción por el o los adoptantes, puede acarrear en el futuro la responsabilidad de los padres adoptivos, lo que evidencia que la aparente falta de efectos de la inclusión de la cláusula o compromiso de los adoptantes puede no resultar tal. Y respecto a la ausencia de posibilidades de exigir a los adoptantes el cumplimiento del compromiso incluido en la sentencia, nos preguntamos si los terceros interesados -los abuelos biológicos del niño, por ejemplo - en cumplimiento de la cláusula del interés superior del niño y frente a hipótesis determinadas, pueden solicitar al juez que los adoptantes hagan conocer el origen al*

---

<sup>21</sup> VELOSO, Sandra Fabiana y MEDINA, Graciela. “La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial” La Ley Buenos Aires, 2003, pág 1223. “... En principio, sólo se admite que (el hijo) pueda ejercer este derecho a partir de la edad de 14 años, es decir desde que ha adquirido discernimiento para realizar actos lícitos (arts. 127 y 921 del Cód. Civil) lo que implica afirmar que dicha legitimación esta sujeta a plazo...Antes de la edad de catorce años se ha admitido excepcionalmente la intervención del niño sólo cuando “la situación es insoportable”, o cuando el desconocimiento de la paternidad conviene a los intereses del hijo...”.

*hijo adoptado... ”<sup>22</sup>.*

Coincidimos con la valoración judicial realizada en el caso de marras, en cuanto a la colaboración prestada por los demandados en el proceso sometién-dose a la prueba de A.D.N., sin embargo creemos que esa acción no es indicio suficiente para asegurar que los mismos cumplan con el mencionado mandato judicial, encontrándonos con cierto margen de incertidumbre en el efectivo cumplimiento del compromiso asumido por los padres de F.E.N.

En estos casos nos preguntamos cuándo el Derecho no se convierte en una ficción.

#### **4. UNA PROPUESTA DE REFORMA QUE MEJOR SE ADECUA A LOS INTERESES DE LAS PARTES**

Como sucedió a lo largo de la historia, las transformaciones de la sociedad son los disparadores para la reforma legislativa.

Estando en el Siglo XXI, la ley no puede ser ajena a esos cambios, que si bien se vienen produciendo hace décadas, ocurre que llega el momento de actuar para que nuestro plexo normativo no quede desvirtuado ante la misma sociedad que comienza a pedir la inconstitucionalidad del mismo.

A nuestro parecer, el artículo 259 del Código Civil ha de ser uno de los reformados cuando nuestros legisladores vuelvan a tratar la tan esperada reforma del Código Civil Argentino, ya que consideramos que es conveniente ampliar la legitimación activa para entablar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Reiterada doctrina en este sentido ha sostenido “...*urge la necesidad de ampliar, cautelosamente, la legitimación activa referida en el art. 259 del Cód. Civil. De manera que pueda el magistrado brindar a los justiciables una respuesta adecuada a la conflictiva presentada ante su vista en procura de poder tener más elementos que ayuden a resguardar el superior interés del niño*”<sup>23</sup> “...*creemos que extender la legitimación activa responde a lo dispuesto en normas de jerarquía constitucional...De esta forma, contaremos con una regulación que pueda dar respuesta a situaciones fácticas que*

---

<sup>22</sup> LLOVERAS, Nora. Obra citada “La identidad personal...”

<sup>23</sup> VELOSO, Sandra Fabiana y MEDINA, Graciela. Obra citada, pág. 1227.

*ameriten otorgar legitimación a quienes actualmente no la tienen, como así también, denegar la legitimación en aquellas situaciones en que pueda comprometerse el mejor interés del niño*”<sup>24</sup>.

En este sentido cabe traer a colación el derecho comparado cual parece ir siempre más acorde con la realidad. A modo de ejemplo, nos encontramos con la nueva ley francesa, la cual prioriza la posesión de estado para poner un valladar no superable si han pasado 5 años. En este sentido, el art. 333 en redacción impresa por ley del 1/06/2006 dispone<sup>25</sup>:

“Cuando la posesión de estado coincide con el título, sólo pueden demandar al hijo, el padre o la madre o aquél que se pretenda el padre verdadero. La acción prescribe en cinco años a contar del día en que la posesión de estado cesó.

Nadie puede contestar la filiación cuando la posesión de estado conforme al título ha durado, al menos, cinco años después del nacimiento, o del reconocimiento, si es posterior”.

Esta solución obedece, como lo expresa Kemelmajer de Carlucci en la citada obra *“a la necesidad de consolidar el estado de familia del hijo y los deberes y derechos que de él emanan respecto de ambos sujetos del vínculo filiativo”*.

Aquí observamos como la variante ecléctica respecto de la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, sería acorde al derecho francés, ya que la misma sostiene como factor determinante la posesión de estado de hijo, diciendo que *“según cual sea la situación familiar de cada caso concreto: si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada* (Gutiérrez, Delia, *Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima, en Derecho de Familia n° 11, pág. 75; Grosman, Cecilia, Ac-*

---

<sup>24</sup> KRASNOW, Adriana N. “Una solución que responde al mejor interés del niño”, La Ley, 2008-B-638.

<sup>25</sup> KEMELJAMER DE CARLUCCI, Aída. “A familia além dos mitos” Ed. Del Rey, Brasil, año 2008.

*ción de impugnación de la paternidad del marido, Bs. As., ed. Abaco, 1982, pág. 227)*<sup>26</sup>.

Entendemos que la ley francesa es más justa que la nuestra y deberíamos imitarla.

En el fallo comentado se observa una de las falencias del mentado artículo 259 C.C al sostener la Jueza de Primera Instancia que “... *si al padre jurídico se le otorga el plazo de un año, por qué a D. (supuesto padre biológico) se lo puede autorizar a reclamar cuando él quiere, casi con la amplitud que se le concede al hijo...*”. Por ello parece factible legitimar con un término de caducidad de igual plazo tanto al marido como al supuesto padre biológico. Sostenemos que este plazo no debería ser de cinco años, como lo establece la ley francesa, sino creemos que sería preferible establecer un plazo menor en razón del Interés Superior del Niño.

De una cosa se trata, de que todo nuestro ordenamiento jurídico este en armonía y respetando a nuestra Carta Magna.

Principios constitucionales como el de igualdad han de estar más que en cuenta cuando de legitimación activa para interponer una acción hablamos. Pero hemos de tener en cuenta que abrir la puerta de calle no significa necesariamente invitar a quien llama entrar al hogar. Debemos ser cautelosos, como sostiene Krasnow, y tener en cuenta que existen derechos que prevalecen ante otros derechos igualmente legítimos, pero también existen las personas que detentan tales derechos que son más frágiles y vulnerables que otras. En estas personas encontramos a los niños y adolescentes. Por ello bien hizo la CDN al establecer la primacía del interés superior del niño y la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual establece en la parte final del artículo 3 “...*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros...*”.

“En definitiva, planteado el conflicto, las alternativas de resolverlo son múltiples. En lo personal, propugnamos aquella solución que se inclina por la pre-

---

<sup>26</sup> Conforme fallo de la Suprema Corte de Mendoza de fecha 12 de mayo de 2005, causa n° 81.859.

valencia de aquél derecho que, en determinadas circunstancias de hecho, tenga un mayor peso.-En este sentido, Robert Alexy enseña que cuando dos principios entran en colisión uno de ellos tiene que ceder ante otro, sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado ni que haya que introducir en éste una cláusula de excepción...Es decir, el punto neurálgico de la labor judicial residirá en la ponderación o evolución del “peso” de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan”<sup>27</sup>.

Con esta reforma que proponemos, no nos contradecemos con lo sostenido en el presente trabajo en cuanto al fallo comentado, sino que creemos que ampliando la legitimación activa para la impugnación de paternidad matrimonial y estableciendo un corto plazo de caducidad similar para el marido de la madre y el padre biológico, permitiría arribar a una solución más acorde con el Interés Superior del Niño. Esto atento que hemos conocido situaciones en que por la inflexibilidad de la norma, creemos que se ha afectado de manera determinante la identidad del niño por acciones anómalas de los adultos<sup>28</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

A modo de dar un cierre al presente trabajo, hacemos hincapié en las contradicciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico como así también en las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales del mismo en materia de filiación matrimonial.

Pero hasta tanto no exista una reforma legislativa, acompañamos la postura ecléctica referente a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destacando la interpretación normativa realizada por la Jueza de Primera Instancia en el caso de marras al sostener que “...*el análisis del art. 259 del C.C. debe ser realizado no en abstracto sino en concreto en relación a las circunstancias del caso...*”. Con este criterio, se deja un margen abierto a la interpretación de los jueces conforme los hechos del caso y velando por el Interés Su-

---

<sup>27</sup> FAMA, María Victoria. “Cuestiones-tensiones constitucionales en materia de filiación”, RDF 31-253 (JE).

<sup>28</sup> Ver fallo del Juzgado Civil y Comercial Nro. 4 de Junín, 2002/11/18, La Ley Buenos Aires, pág. 1220.

---

perior del Niño, so pena de caer en el rigorismo de la norma.

---

**BIBLIOGRAFÍA**

AZPIRI, Jorge. “Juicios de filiación y patria potestad. Colección Procesos Civiles 11”, Ed. Hammurai, Bs. As, 2006.

FAMA, María Victoria. “Cuestiones-tensiones constitucionales en materia de filiación”, RDF 31-253 (JE).

GIL DOMINGUEZ Andrés, FAMA M. Victoria y HERRERA Marisa. “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia” Ed. Ediar, 2007.

GROSMAN, Cecilia: “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad” Ed. Universidad, Bs. As. 1998.

GROSMAN, Cecilia: “Acción de impugnación de la paternidad del marido”, Ed. Abaco, Bs. As., 1982.

KEMELJAMER DE CARLUCCI, Aída. “A familia além dos mitos” Ed. Del Rey, Brasil, año 2008

KRASNOW, Adriana N. “Una solución que responde al mejor interés del niño”, La Ley, 2008-B-638.

LORENZETTI, Ricardo L. “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, La Ley, 1993-D-673.

LLOVERAS, Nora: “La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú” Ed. Universidad, año 2007.

LLOVERAS, Nora: “La identidad personal: Lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”, RDF 1998-13-65.

VELOSO, Sandra Fabiana y MEDINA, Graciela. “La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial” La Ley Buenos Aires, 2003.