

Universidad Nacional de La Pampa



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y

JURÍDICAS

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas

Recientes

Título:

***“Impugnación de la Paternidad Matrimonial por el
supuesto Padre Biológico. Implicancias Jurídicas”***

Apellido y Nombre de las alumnas:

PACI, Romina Gisela

ZAMORA, María Etel

Asignatura sobre la que se realiza el Trabajo:

Derecho Civil V

Encargado del Curso:

Dr. Julio CAPPARELLI

Año que se realiza el Trabajo: 2011.-

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
MATRIMONIAL POR EL SUPUESTO PADRE
BIOLOGICO. IMPLICANCIAS JURÍDICAS.

SUMARIO

Introducción

Capítulo I:

- I. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Clases. Sistemas.**
- II. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil Argentino en su redacción originaria.**
- III. Legitimación activa conforme la Ley 23264.**
- IV. Falta de legitimación activa de otros sujetos.**
 - a) Madre.
 - b) Padre biológico.
 - c) Herederos del hijo.
- V. Impugnación de la paternidad matrimonial en los casos de inseminación artificial. Remisión.**

Capítulo II:

- I. Impugnación de la paternidad matrimonial: Falta de legitimación activa del padre biológico. Valores en pugna.**

- II. Artículo 259 del Código Civil: análisis de su constitucionalidad a la luz de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.**
- III. Proyectos de reforma legislativa al artículo 259 del Código Civil.**
- IV. Jurisprudencia. (casos).**
- V. Derecho Comparado.**

Capítulo III:

- I. Fecundación asistida. Cuestiones Jurídicas.**
- II. Técnicas de reproducción humana artificial.**
- III. Determinación de la paternidad matrimonial. Impugnación de la paternidad del marido.**
- IV. Disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional.**
- V. Proyectos legislativos frente al vacío legal en la materia.**
- VI. Derecho Comparado.**

Conclusión

Bibliografía Consultada

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal el estudio de una problemática particular en el ámbito del Derecho de Familia, como es la falta de legitimación activa del supuesto padre biológico en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Si bien la doctrina y jurisprudencia han iniciado un camino en el análisis de esta cuestión, evolucionando hacia la ampliación de dicha legitimación, no se observa uniformidad de criterios con respecto a la misma ni su reflejo positivo, a pesar de los nuevos principios incorporados a la Constitución Nacional luego de la reforma del año 1994, a través de la firma de los distintos Tratados Internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22.

Para lograr un completo e integrado desarrollo del tema, ha sido necesario tratar otros institutos del Derecho de Familia vinculados, tales como las acciones de estado relativas a la filiación; la evolución legislativa en materia de legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial en el derecho civil argentino; los otros sujetos no legitimados actualmente; valores en pugna; la falta de regulación jurídica respecto de las técnicas de reproducción humana artificial; el derecho comparado; la jurisprudencia.

La finalidad de esta investigación es plantear si es necesario o conveniente admitir la igualdad en el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial teniendo como directrices fundamentales, al realizar este análisis, el derecho a la identidad, a la realidad biológica, el

interés familiar (art. 14 bis, 3 párr. de la C.N) y, por sobre todo el “interés superior del niño”.

Romina Gisela PACI y María Etel ZAMORA

Capítulo I

I. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Clases. Sistemas. II. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil Argentino en su redacción originaria. III. Legitimación activa conforme la Ley 23264. IV. Falta de legitimación activa de otros sujetos. a) Madre. b) Padre biológico. c) Herederos del hijo. V. Impugnación de la paternidad matrimonial en los casos de inseminación artificial. Remisión.

I. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Clases. Sistemas.

Es preciso, antes de comenzar a tratar este tema, enunciar algunos conceptos. Inicialmente, podemos definir el instituto de la filiación siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, como la *“procedencia de los hijos respecto de los padres”*.¹ Vinculando esta definición al ámbito del derecho podemos definirla como *“el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la misma familia”*²; o también más preciso como el *“vínculo jurídico existente entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también puede encontrar su fuente en la ley*

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, T. I, XX Edic., pág. 642, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1984.

²ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., pág. 313.

misma (filiación por adopción)".³ En la filiación por naturaleza, el vínculo jurídico presupone un hecho biológico, cual es la procreación, fruto de la unión sexual de un hombre y una mujer. Esta realidad biológica es captada por el derecho con el objetivo de regular las consecuencias que surgen de las relaciones jurídicas filiales; a diferencia de la filiación por adopción en la que el vínculo surge sin depender del hecho biológico.⁴

Estos vínculos jurídicos se ejercen a través de las acciones de estado en materia de filiación, las cuales pueden tener por objeto emplazar a una persona en el estado de hijo, del cual carece, o desplazarlo de tal estado si el emplazamiento no se corresponde con los presupuestos de la filiación que posee. En tal sentido, existen la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial; la acción de impugnación de la maternidad; la acción de impugnación del reconocimiento y la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad matrimonial, siendo esta última el objeto de estudio del presente trabajo.

La finalidad perseguida con esta acción, es dejar sin efecto la presunción legal contenida en el art. 243 del Código Civil, desplazando el estado de hijo matrimonial, por el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial de la mujer casada.

³ KRASNOW, Adriana Noemí, *Pruebas biológicas y filiación*, págs.. 49 y sigtes, Ed. UNR, Rosario, 1996.

⁴ KRASNOW, Adriana Noemí, *FILIACION: Determinación de la Maternidad y Paternidad - Acciones de Filiación - Procreación Asistida*, Ed. LA LEY, 1° ED. 2005, pág. 7.

La doctrina ha clasificado a la impugnación de la paternidad en: *rigurosa o simple*. Tradicionalmente la distinción se refería a que en el primer caso, el marido ataca la presunción legal que le atribuye la paternidad de los hijos concebidos por su esposa durante el matrimonio, es decir, los nacidos después de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y durante los trescientos siguientes a la disolución, anulación, separación de hecho, interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio. En el segundo caso, respecto de los hijos que nacieren durante los primeros ciento ochenta días a partir de la celebración del matrimonio, y que por ley se presumen concebidos antes de tal celebración, la ley permite al marido negar su paternidad, salvo que al casarse hubiere conocido el embarazo de su esposa, o hubiese reconocido expresa o tácitamente como suyo al hijo, o si consintió en que se le diera su apellido.

En los dos supuestos se trata de la impugnación de la paternidad por el marido, pero mientras en el primero es el marido quien debe desvirtuar la presunción legal, es decir, es él quien debe producir la prueba que excluya el nexo biológico; en el segundo le basta con negar al hijo de su esposa probando que el nacimiento ocurrió en los primeros ciento ochenta días de matrimonio, siendo en principio el hijo y la madre quienes deben probar el nexo biológico negado o probar los hechos que obstan la negativa: conocimiento del embarazo, reconocimiento expreso o tácito del hijo.

Considerando que la presunción de paternidad del marido no es una presunción *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario, se observa una evolución en el derecho respecto del tratamiento de esta cuestión. Así en el caso de la impugnación rigurosa de la paternidad del marido, a lo largo del tiempo se han elaborado diferentes sistemas:

* ***Tollere Liberum***: en la cultura primitiva, la admisión de la paternidad era un acto librado a la voluntad del padre, esto es, era él quien tenía la decisión de aceptar o rechazar el vínculo jurídico con el hijo. Era un sistema basado en decisiones subjetivas.

* ***Cerrado***: con la evolución del derecho a través de los siglos, se produjo la organización de un régimen objetivo, respecto de la presunción de paternidad matrimonial. Este sistema fija determinados presupuestos en la acción de impugnación de paternidad que si son acreditados le permiten al juzgador considerar si se ha probado o no la inexistencia del nexo biológico.

* ***Abierto***: este sistema es aquel que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a supuestos predeterminados⁵; sistema que ampara la verdad biológica y el sinceramiento de las relaciones familiares.⁶

Antes de comenzar a considerar las personas que se encuentran y las que no se encuentran legitimadas para impugnar la paternidad matrimonial,

⁵ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., parág. 1010 pto. c), pág.422.

⁶ KRASNOW, Adriana Noemí, *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad: Acciones de filiación: Procreación asistida*, ed. LA LEY, año 2006, cit. p. 74, parág. 1.1.

es preciso poner de relieve que las limitaciones, que resultan del Código Civil (en su redacción originaria y posteriormente a la reforma de la ley 23264), tienen como causa, ya sea evitar que luego del transcurso de un cierto tiempo se produzca la modificación de un emplazamiento -como es el caso del marido-; o el considerar la impugnación como inmoral o por aplicación del principio de que no se puede alegar la propia torpeza - como es el caso respecto de la madre -;y/o, para evitar que terceros ajenos al núcleo familiar irrumpen en éste causando un daño. En cambio, existen otros enfoques diferentes a los de la norma jurídica que entienden, con la finalidad de que el emplazamiento biológico coincida con el jurídico, que debe ampliarse la legitimación.⁷

II. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil Argentino en su redacción originaria.

En el Código Civil argentino anterior a la reforma de la ley 23.264, en su art. 256 disponía que *“mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio”*, es decir que sólo el marido, en vida, se encontraba habilitado para deducir la

⁷ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, 1° ed., LA LEY, cit., t. V, pts. 551, parág. 1226.

acción de impugnación de la paternidad matrimonial con respecto al hijo de su esposa. El fundamento de esta disposición consistía en que era sólo el marido quien podía juzgar su propia paternidad. Era él y sólo él quien podía valorar los alcances de la posible conducta infiel de su esposa y quien, por diferentes razones podía perdonarla. Sólo si el marido moría durante el plazo de caducidad que establecía el artículo sin haber intentado la acción antes dicha y siempre que no hubiere reconocido al hijo, podían sus herederos entablarla. Esta acción no legitimaba activamente al hijo para entablarla; exclusión que se defendía en el entendimiento de que tal acción implicaba afirmar el adulterio de su madre.⁸ La doctrina restaba importancia a la limitada legitimación y admitía lo dispuesto por la norma, por entender que era inmoral reconocer semejante facultad al hijo, porque de esa manera se le permitiría acusar a su propia madre de adúltera y sólo le serviría para obtener una ventaja económica de su padre biológico.⁹

El plazo para interponer la acción de impugnación por el padre era de sesenta días, contados a partir del momento en que éste hubiese tenido conocimiento del parto. Es decir, que el hijo nacido de una mujer casada quedaba definitivamente emplazado en su condición de legítimo una vez cumplido ese plazo.

⁸ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., parág. 1032, pág.438.

⁹ KRASNOW, Adriana Noemí, *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad: Acciones de filiación: Procreación asistida*, ed. LA LEY, año 2006, cit. p. 74, parág. 1.2.1.

Otro de los argumentos vertidos por aquellos autores seguidores del sistema previsto por Vélez Sarsfield, para sostener la limitación de la acción al marido, era la grave repercusión familiar que podía llegar a tener la interposición de esta acción.

Nuestro Código Civil primitivo, se alineaba en lo que se refiere a esta acción, al sistema cerrado, previendo únicamente dos causales: la primera era cuando el marido probaba que le había sido imposible tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo; y la segunda era cuando el marido probaba el adulterio de la esposa y además que ésta había ocultado el parto.

III. Legitimación activa conforme la Ley 23264.

El criterio se modifica cuando la ley 23.264 incorpora el art. 259, al conferir expresamente la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al hijo. Se mantuvo la legitimación del marido y, la de sus herederos, en caso de fallecimiento.

La acción del marido, a partir de esta reforma, caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que éste pruebe que no tuvo conocimiento del parto, caso en que el término se computará desde el día en que lo supo. En esta situación, la ley ampara la buena fe del marido que ignora el embarazo y correlativo parto de su esposa.

Solari sostiene que si está fuera de discusión que la ley protege la buena fe del marido en tales circunstancias, permitiendo que la acción se plantee con posterioridad al año de la inscripción del hijo, por qué, en pos del derecho a la identidad no se justificaría otorgar legitimación activa con posterioridad al año de aquella inscripción, es decir, en todo tiempo, sin plazo de caducidad; a lo que el mismo se responde que en defensa del derecho a la identidad, principio de jerarquía constitucional, se justificaría la supresión de dicho plazo, porque la ley no debe favorecer la convalidación de una discordancia entre el hecho biológico y el instrumento legal que indica una paternidad falsa.¹⁰

A nuestro entender, el derecho de identidad del menor se encuentra debidamente protegido al otorgarle la ley, a través de este artículo, una acción que no prescribe. Por lo tanto, admitir, como sostiene Solari, la imprescriptibilidad de la acción del marido de la madre, nos parece una concesión excesiva ya que el principal interesado, esto es, el hijo puede ejercer dicha acción en cualquier tiempo. Y más aun teniendo siempre presente que la falta de un plazo de caducidad para el ejercicio de dicha acción por el hijo se fundamenta en otro principio de jerarquía constitucional, como lo es el interés superior del niño.

¹⁰ SOLARI, Néstor E., *El plazo de caducidad del marido para impugnar la paternidad matrimonial*, LLPatagonia 10/04/2007, 867.

La acción de los herederos del marido procede en los supuestos en que el marido haya iniciado en término la acción (que continuarán ellos), o que haya fallecido antes del vencimiento del plazo de caducidad sin haber entablado previamente el marido la acción.

Según el artículo 259 del C.C. en lo que se refiere a la acción del hijo, ésta no caduca, pudiendo ejercerla en todo tiempo. La legitimación concedida al hijo tiene su basamento en el *principio de respeto por la verdad biológica*, cuya finalidad es lograr la coincidencia entre el vínculo biológico que resulta de la procreación y el vínculo jurídico que surge de la filiación por naturaleza.

Uno de los fundamentos expuestos en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores para esta modificación al antiguo régimen del C.C. fue el acoger la doctrina imperante según la cual el vínculo filial es visto como nexo funcional (cumplimiento del rol padre-hijo) y que al negar al hijo emplazado como matrimonial la oportunidad de petitionar su desplazamiento de dicho estado de familia, se le está impidiendo reclamar a aquél a quien en realidad le corresponde.

La ley, en este aspecto, vino a adherirse en una corriente, que prevalece en modelos extranjeros, dando preferencia al esclarecimiento de la verdad histórica por sobre la salvaguarda de la estructura familiar, que era el valor privilegiado por el Código Civil. El principio rector de esta ley, es el

derecho del marido y de los hijos a cuestionar el vínculo que los une, independientemente de que tenga consecuencias negativas para la familia.

Mazzinghi considera que el legislador ha tenido en cuenta sólo la realidad que deriva del nexo biológico. La confianza del marido en la lealtad de su mujer ha sido sustituida aspirando a lograr una certeza que muchas veces puede implicar un arduo camino.

En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata 1981), Zannoni planteó el debate sobre la conveniencia de sustituir el sistema cerrado de causales de impugnación rigurosa de la paternidad por un sistema abierto que permitiese al marido el desconocimiento en todos los casos en que probase que su paternidad quedaba descartada o era fundadamente menos verosímil que la de un tercero; cuestión que no fue admitida en el debate que se propuso. Sin embargo, esta postura fue incorporada con la reforma de la ley 23.264 al art. 258, al añadirse que para acreditar que el marido no es el padre del hijo dado a luz por su mujer, podrá valerse de todo medio de prueba, aunque no es suficiente la sola declaración de la madre; de esta manera la norma es coherente con el sistema abierto de impugnación, sin que ningún medio probatorio quede excluido, salvo que atente con la libertad personal de las partes, aunque deberá tenerse en cuenta que la negativa a someterse a los análisis imprescindibles para determinar o excluir positivamente la paternidad disputada, constituirá presunción en contra del

que se niega. Esta conclusión se ha ido afianzando llegando a ser hoy aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.¹¹

IV. Falta de legitimación activa de otros sujetos.

a) Madre.

El art. 259 la excluye como legitimada activa para incoar esta acción. Gran parte de la doctrina justifica esta limitación dando algunos de los siguientes fundamentos: uno de ellos es que el ejercicio de esta acción exigiría invocar su propio adulterio, lo que resultaría inmoral; otro es, aplicar el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, ya que la impugnación implicaría el hecho de haber tenido la mujer relaciones con quien no era su esposo; Mazzinghi ha sostenido que “autorizar a la madre a impugnar la paternidad del marido podrá ser un camino que conduzca a la certeza de la relación biológica, pero implica un avance inconveniente de ella sobre un derecho del hijo que podrá tener o no, cuando alcance discernimiento, interés en que tal debate sea entablado”; y agrega que, si bien no hace cuestión de la infidelidad matrimonial, tampoco cree “que la madre tenga derecho a hacer público el extravío de su conducta, y asestar al

¹¹ ZANONNI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., parág. 1010, pto. c), pág.424.

hijo el presente griego de su propio adulterio, arrancándolo de su familia legítima, para relacionarlo, a su mero arbitrio, con el tercero a quien ella concedió indebido acceso”;¹² con similares argumentos Perrino dice que “...acertadamente, el art. 259, C.Civ., no admite a la madre como legitimada activa para impugnar la paternidad de su marido, sin que ello importe una discriminación....cierra el acceso a terceros en protección de la familia legítima que no puede quedar bastardeada por la acción de una madre adúltera, que proclamando su engaño, pretenda destruir su familia y al propio hijo, imputándole la paternidad a otro hombre, distinto de su esposo. No se violan los tratados internacionales al no permitírsele accionar, antes bien, se los cumple al privilegiar a la familia, célula básica, pero preservando del derecho del primer afectado posible, el hijo, a quien se ampara confiriéndole una acción que no caduca, y del segundo del marido.”¹³; también Zannoni sostiene que el art. 259 C.C. atribuye al marido y al hijo esta acción porque tiene en cuenta la relación paterno-filial que se pone en cuestión, considerando que la madre es excluida por ser, de algún modo, tercera en tal relación puesto que el interés superior del hijo

¹² MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Tratado de Derecho de Familia*, 4° ed., cit., t 4, p.s. 33 y sigtes., parágr. 675.

¹³ PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, 1° ed., Lexis Nexis, cit., t II, ps. 1436, parág. 1025.

compromete el vínculo biológico exclusivamente con quien, en virtud de la presunción legal, es su padre.¹⁴

Otra gran parte de la doctrina admite la legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad de su marido con los siguientes argumentos: afirman que aplicar el criterio de no tolerar a quien quiere obtener ventajas de su conducta contraria a derecho, no es aplicable a la madre cuando pretende el auténtico emplazamiento del hijo, siendo el interés de éste cuando se valora, cuando se busca la concordancia entre el vínculo jurídico y el biológico; otro de los fundamentos reside en entender que, conceder legitimación a la madre para impugnar la paternidad de su marido, garantiza la igualdad de trato entre los cónyuges y refuerza la protección del derecho del niño a acceder a un emplazamiento completo conforme a la verdad¹⁵; otro argumento sostenido es el de que a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha abierto la posibilidad de extender la legitimación a favor de la madre para que actúe por derecho propio; según lo dispuesto por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, se garantiza a toda persona el pleno ejercicio de los derechos sin distinciones basadas en el sexo; sostienen que así como se le permite al

¹⁴ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., parág. 1034, pág.441.

¹⁵ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, 1° ed., LA LEY, cit., t. V, p.s. 561 y sigtes.

padre plantear la impugnación de la maternidad, debería ocurrir lo mismo con respecto a la madre frente a la impugnación de la paternidad matrimonial, lo que no ocurre con la ley 23.264 que restringe esta posibilidad, reflejando de este modo la diferencia de trato en razón del sexo y limitando la oportunidad de hacer efectivo el derecho del hijo de acceder a su identidad en referencia a su realidad biológica, conforme lo prevén los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño.¹⁶

Otra de las cuestiones que se ha planteado es, si la madre puede ejercer esta acción en representación del hijo menor.

Una interpretación literal del art. 259, cuando establece que “...*el hijo puede ejercer la acción en todo tiempo...*”, permitiría sostener que siendo menor de edad, la madre podría ejercer esta acción en representación de su hijo. Sin embargo, Zannoni considera que la madre no estaría legitimada porque el ejercicio por ella de esta acción plantea un conflicto de intereses entre el menor y su madre. Su actuación debería limitarse a solicitar que, con la intervención y conformidad del Ministerio Público, se designe al menor un tutor especial, si, a juicio del representante promiscuo, el desconocimiento de la paternidad conviene a los intereses del hijo. En el caso de los menores adultos podrían solicitar autorización judicial a fin de que se los autorice a promover la demanda de impugnación. Este mismo

¹⁶ KRASNOW, Adriana N. “*La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional*”, en LLBA, 09/03/2006.

autor, entiende que negar legitimación a la madre no constituye discriminación a la mujer en los términos de la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, sino que se trata de una limitación al derecho de accionar que obedece a razones de política jurídica.¹⁷

Resulta interesante, hacer referencia a un fallo sobre este tema dictado el 1 de noviembre de 1999 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual no se hizo lugar a la legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad matrimonial, el que desarrollaremos en el Capítulo II, punto IV, inc. a, al cual remitimos.

En comentario a este fallo, Bidart Campos expresa que las leyes que niegan la legitimación a fin de impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son **inconstitucionales**. El mismo autor se pregunta, ¿Qué debe interesar prioritariamente: la ficción hipócrita de presunciones legales a favor de la paternidad del marido, o la cruda verdad de que la esposa tuvo el hijo con un hombre que no era su marido? ¿que el hijo nacido de esa relación extramatrimonial tenga y prolongue el disfraz que su madre no puede quitarle, o que la ley le asigne todos los medios disponibles para que su derecho constitucional a la identidad se haga efectivo? ¿Qué verdad puede ser más importante que la que indica que la filiación legal debe coincidir con la filiación biológica?. A lo que responde que no tiene sustento

¹⁷ ZANONNI, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., párrafo 1034, pág. 442.

legal la afirmación de que es razonable impedir esa verdad para amparar la unidad familiar, la paz doméstica o el honor; tales protecciones, a su criterio, creen que tutelan bienes escondiendo la verdad material y objetiva, que sería la que si la mujer cometió adulterio no debe ser su hijo el que dependa del marido para emplazar su verdadera filiación, ni el que deba esperar a tener discernimiento para lograr ese mismo fin; focalizando, de este modo, su atención en el interés superior del niño, y desviando su mirada de ese núcleo familiar, de la madre, del padre, en que tanto se centra la política legislativa.¹⁸

Por último, en las XVIII y en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas ambas en la ciudad de Buenos Aires, en los años 2001 y 2005, respectivamente, se entendió que en una futura reforma legislativa debía otorgarse legitimación para impugnar la paternidad tanto a la madre del menor, como a quien alegue ser su padre biológico, siempre que existiera posesión de estado.¹⁹

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?*, Ed. LA LEY, 2000-B, 22.

¹⁹ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, 1º ed. LA LEY, cit. t. V, pag. 565.

b) Padre Biológico.

Según nuestro Código Civil luego de la reforma por la ley 23.264 al art. 259, no se legitima activamente al supuesto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial del marido.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia no son unánimes con respecto a este supuesto, existiendo distintas posiciones:

- 1) ***Criterio que admite la legitimación del padre biológico:*** esta postura considera que el art. 259 del C.C., al impedir al supuesto padre biológico impugnar la paternidad matrimonial del marido, es inconstitucional. Los fundamentos que se han esgrimido son, entre otros, los siguientes: *“el padre biológico tiene un interés legítimo en alcanzar un emplazamiento para garantizar el derecho de identidad del hijo y ubicarlo en su lugar de padre legal. Contar con el estado de familia le permitirá asumir la titularidad y si le corresponde el ejercicio de la patria potestad. Si el fin querido por la ley es la concordancia entre el vínculo jurídico y el vínculo biológico derivado de la procreación, resulta necesario, en principio, extender la legitimación a todos los protagonistas: madre-padre (quienes a través de la unión sexual dieron nacimiento a un nuevo vínculo) e hijo (fruto de la unión sexual). Esto amplía las posibilidades que la realidad biológica se traslade al plano jurídico y, de esta forma,*

*emplazar a todos en el estado de familia acorde a la verdad.”*²⁰

Negarle al padre biológico dicha legitimación impediría su derecho de acceder a la justicia, garantía de la que gozan todos los habitantes. Otro de los fundamentos consiste en que se viola el derecho a constituir una familia, consagrado en los tratados internacionales, al obstaculizar el establecimiento del vínculo familiar. También se ha dicho que negar la legitimidad al presunto padre extramatrimonial para impugnar la filiación del padre matrimonial, es inconstitucional, basado en la Convención de los Derechos del Niño, de la que resulta el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, habiéndose comprometido los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin inferencias ilícitas.²¹ En apoyo de este criterio, la jurisprudencia también se ha hecho eco del mismo en dos fallos: uno dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 de Paraná el día 15-09-2003 caratulado “Z., H.M.c. C., J. R. y otros”; y otro más reciente dictado por el Juzgado de la Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de Río Gallegos el día 12-03-2009 caratulado “F., V.H. c. M. C. A. y A. C. B.”, en donde se ha

²⁰ KRASNOW, Adriana N., *FILIACION: DETERMINACION DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD - ACCIONES DE FILIACION - PROCREACION ASISTIDA.*, Ed. LA LEY - 1° Ed. - 2005, pág. 81.

²¹ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. LA LEY - T. V., pág. 568.

reconocido legitimación activa al padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial. Ambos serán desarrollados en el Capítulo II del presente trabajo.

2) ***Criterio que deniega la legitimación del padre biológico:*** Otros autores se ubican en una posición contraria a la antes explicada, considerando ajustado a derecho el límite que impone el art. 259 C.C., al padre biológico. Para Perrino, este artículo limita en forma prudente la acción que impide al padre biológico impugnar la paternidad matrimonial porque de esa manera se preserva la familia legítimamente constituida, y la paz social que debe reinar en ella. No afecta la identidad del hijo ya que lo legitima para promover la acción en cualquier tiempo, ni tampoco obliga al marido de la madre a aceptar de manera imperativa su calidad de padre, pues también se lo faculta para impugnar su propia paternidad. Ante la inacción del padre debe suponerse su convicción de la calidad de tal y que dispensa al hijo el trato paterno. Es decir, se ha constituido un conjunto de lazos familiares que no se acaban con él, sino que se extienden a los demás parientes. De forma tal que el hijo no sólo tiene el título de estado sino que goza también de la posesión del mismo. Según este autor, la norma protege esa filiación que si bien no es biológica, se asienta sobre una verdad sociológica y cultural que no puede ser ignorada. El trato, los lazos existentes, la inserción

del niño en esa familia, los afectos que le dispensa su progenitor, no se pueden borrar de la noche a la mañana, por una acción, que en aras de la verdad biológica pretenda, traslade al hijo a otro ámbito, trastocando sus relaciones, afectos, su identidad sociocultural, etc. Se entiende que lo que se debe proteger es el interés superior del hijo más que los intereses personales del supuesto padre biológico.²² Por su parte, Sambrizzi, se enrola en el mismo criterio ya que entiende que la falta de legitimación activa del padre biológico no significa negarle al menor la posibilidad de quedar emplazado en el estado de familia que biológicamente le corresponde pues siempre puede él mismo, ejercer las pertinentes acciones para reclamar esa paternidad.²³ Méndez Costa, afirma que exigencias de estabilidad y correlativa seguridad en el estado de familia apoyan esta tesitura legal.²⁴ Entre los casos de jurisprudencia que sustentan este criterio encontramos una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, dictada el 05-10-1993, que se inclinó por sostener que el art. 259 del C.C. tiene una enunciación de carácter taxativo no admitiendo otros legitimados distintos de los allí mencionados, cuando desestimó la

²² PERRINO, Jorge O., *"Derecho de Familia"*, T.II, 1° Ed. Lexis Nexis Argentina - 2006, pág. 1432.

²³ SAMBRIZZI, Eduardo A., *"Tratado de Derecho de Familia"*, Ed. LA LEY, T. V, pág. 566.

²⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa, FERRER, Francisco A.M., MEDINA, Graciela, *"Código Civil Comentado" Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía. Derecho de Familia*, Ed. RUBINZAL-CULZONI, año 2007, T. I, pág. 562, e).

acción promovida por el presunto padre biológico resolvió que: “*el pretendido padre biológico carece de legitimación para ejercer la acción petitoria del reconocimiento de su paternidad, respecto de un hijo matrimonial, pues para ello (como condición legal: art. 252), iniciar previamente la impugnación del art. 259, para lo cual no está legitimado*”. Mazzinghi al comentar este fallo expresa que se enfrentaron dos criterios: uno, el de establecer a toda costa la verdad histórica, y por el otro lado, el que limita el ejercicio de las acciones. Considera que ha prevalecido aquella tesis que sostiene que el establecimiento de la verdad eventual no debe ser obtenido a cualquier precio, sino dentro de las pautas que la ley fija y a las cuales es necesario someterse.²⁵ La Cámara Nacional Civil, Sala M, en un fallo dictado el 22-05-2000, no hizo lugar a la acción de impugnación y reconocimiento de paternidad incoada por quien invocaba ser padre extramatrimonial de un menor, sosteniendo que el único medio para impugnar la filiación matrimonial es la acción conferida por el art. 259, al marido y al hijo. Aseveró que dicha limitación no viola la igualdad de las personas, pues no persigue un fin discriminatorio sino la protección de la paz familiar. Consideró que ello importa un problema de política legislativa habiendo

²⁵ MAZZINGHI, Jorge A., “*Derecho de Familia*”, T. IV, 3° ed. Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, pág.

estimado el legislador conveniente conferir el ejercicio de la acción únicamente al marido de la madre y al hijo y no a la progenitora ni al padre biológico.²⁶

- 3) ***Criterio ecléctico:*** este último criterio pone el acento en el aspecto fáctico de la relación filial. Se distingue según que el hijo mantenga con el padre biológico un vínculo afectivo, es decir, goce de posesión de estado, en cuyo caso se encontraría legitimado para accionar; de aquél supuesto en el que, por el contrario, no existe ninguna relación con el padre biológico, y el hijo es tratado como tal por el marido de la madre, situación que impone la denegación de la legitimación del padre biológico.²⁷ Esta postura ha sido adoptada por la justicia mendocina en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I del 12-05-2005 “L. C. F. por la menor A. M. G. c/ A. C. A. G. P. A. C.” en donde se resolvió “*1. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia que no acordó al padre biológico de un menor, la legitimación para ejercer la acción prevista en el art. 259 del C.C. pues además de la presunción legal que el marido de la madre tiene a su favor, ostenta un verdadero estado de padre al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de la filiación jurídica y además de tener éxito*

²⁶ ED. 188-617.

²⁷ PERRINO, Jorge O., “*Derecho de Familia*”, T. II, Ed. Lexis Nexis, Argentina 2006, pág. 1429 ap. 1025.

dicha legitimación se desplazaría al menor de la situación de legitimidad y se lo trasladaría al ámbito de la extramatrimonialidad, perdiendo vínculos jurídicos no sólo con quien lo cuida y quiere como su hijo, sino con todo su entorno familiar...4. El art. 259, del C.Civ., que establece la acción de impugnación de la paternidad, debe interpretarse en el sentido de que si el menor goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, corresponde otorgar a éste legitimación para el esclarecimiento de la verdad, pero esa legitimación debe serle negada cuando el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, siendo esta interpretación la que mejor concilia el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo.” La Dra. Kemelmajer de Carlucci en su voto en el fallo mencionado sostiene que esta postura “1. 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.” Destaca que, junto a la verdad biológica existe otra verdad que no puede ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Afirma que la identidad filiatoria presupone también desde una perspectiva dinámica el arraigo de vínculos paterno filiales aceptados recíprocamente por padre e hijo. Sostiene que su posición se funda en la jurisprudencia de la Corte Europea de

Derechos Humanos, porque no sólo *“analiza el derecho a la vida familiar desde la realidad y no desde la pura abstracción sino porque tiene especialmente en cuenta que el ejercicio del derecho del padre no debe vulnerar el interés superior del niño”*.²⁸ También en la justicia mendocina, la Cámara 2° de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza se dictó un fallo el 18-12-2007 caratulado *“D.M., E.R.L. v/V., R.E. s/Impugnación de filiación matrimonial”* en el cual resolvió confirmar la sentencia de Primera Instancia que había denegado la acción de impugnación de filiación matrimonial interpuesta por el padre biológico, basándose no en la taxatividad y constitucionalidad del art. 259 del C.C., sino en el principio constitucional del interés superior del niño, adhiriéndose en ese sentido a la doctrina legal de la Suprema Corte de Mendoza. Con respecto a esta cuestión, se dijo en este fallo *“...supedita la inconstitucionalidad de la norma a la situación particular en análisis, haciendo primar el interés superior del niño.”*²⁹

²⁸ PERRINO, Jorge Oscar, *“Derecho de Familia”*, T. II, Ed. Lexis Nexis, Argentina 2006, ap. 1025 c)., pág. 1430.

²⁹ ALVAREZ, Mariana, *“La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial”*, Universidad Nacional del Centro. Cartapacio de Derecho.

c) Herederos del hijo:

En cuanto a la posibilidad de los herederos del hijo de impugnar la filiación matrimonial, la doctrina se encuentra dividida. Hay autores que niegan a éstos esa facultad basándose en la taxatividad de la enumeración del art. 259 del C.C.. Perrino sostiene que los herederos del hijo carecen de esta acción. Encuentra una diferencia con lo regulado respecto de los herederos del marido a quienes efectivamente se les confiere la posibilidad de promover o continuar la acción. Esa disparidad de criterio encuentra fundamento en la imprescriptibilidad de la acción del hijo que por lo tanto tiene la posibilidad de impugnar la paternidad en todo tiempo, ya que se trata de una acción que alcanza su máxima expresión la inherencia personal del estado de familia que, si no fue cuestionado durante todo el tiempo de la vida del hijo, ni tampoco lo ha sido por el padre, no podría ser controvertido por sus herederos.³⁰ Borda también se pronuncia por la negativa, y afirma que reconocer la acción de impugnación a los herederos del hijo, significaría dejar en incertidumbre la filiación por un tiempo prácticamente indefinido, aparte de que al no haber accionado, el propio hijo ha consentido tácitamente su estado de familia.³¹

³⁰ PERRINO, Jorge O., *"Derecho de Familia"* T II, 1º ed. Ed. Lexis Nexis, Argentina, 2006, ap. 1023, pág. 1423.

³¹ SAMBRIZZI, Eduardo A. *"Tratado de Derecho de Familia"*, Ed. LA LEY, T. V, pág. 570.

De la misma tesitura es Méndez Costa, quien señala que el artículo 259 es muy claro al omitir a los herederos del hijo, en contraste con lo que hace con los herederos del marido (a los que explícitamente se les otorga la acción), y recuerda que cuando la ley le quiso otorgar acción a los herederos del hijo, así lo hizo, como es el supuesto del art. 254 del C.C.. Sin embargo, sostiene que pueden presentarse casos de difícil solución, por ejemplo, si se trata de los herederos del hijo que no entabló la acción en vida y que necesiten plantearla a los efectos de definir su propio estado, en cuanto dependa de la filiación del causante. También el supuesto de cuando se trata de hijo póstumo, muerto el marido antes del nacimiento y negándose a sus herederos la legitimación activa, ésta quedaría limitada al hijo con las dificultades de actuación durante su minoridad. No obstante estas situaciones particulares, Méndez Costa es conteste con esta posición que sostiene que el precepto debe interpretarse conforme a sus términos.³²

Mazzinghi, por su parte, afirma que las objeciones que suscita el otorgamiento al hijo de la acción de impugnación de la paternidad, lo inducen a mirar con disfavor el otorgamiento de la misma a sus herederos cuando aquél no quiere cuestionar su propia filiación. Pero, agrega, que en el sistema introducido por la ley 23.264, las razones que lo llevan a considerar negativamente el ejercicio de la acción por parte del hijo, no

³² MENDEZ COSTA, María Josefa, *“Código Civil Comentado, Derecho de Familia”*, Ed. RUBINZAL-CULZONI, año 2007, cit., T.I, ap. F), pág. 562.

tienen gravitación, por lo que, a su juicio, no existen argumentos decisivos para negar la acción a sus herederos.³³

En una corriente contraria se encuentra Krasnow, quien señala que los herederos del hijo pueden tener un interés legítimo en impugnar un emplazamiento filial no acorde con la verdad, puesto que pueden estar interesados en dejar a un lado vínculos ficticios e insertarse en la familia con la cual posean vínculos filiales auténticos. Sostiene que limitar esta posibilidad muestra cierta incoherencia con lo previsto en el art. 254 del C.C., puesto que la acción de impugnación de la paternidad puede ser un paso previo necesario (art. 252 C.C.) para el planteo posterior de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, para la cual sí están legitimados los herederos del hijo ante la muerte de éste.³⁴

V. Impugnación de la paternidad matrimonial en los casos de inseminación artificial. Remisión.

En el presente punto trataremos sintéticamente cómo las nuevas técnicas reproductivas incorporaron cambios sustanciales en materia de filiación, particularmente en la determinación de los vínculos filiatorios y,

³³ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 3° ed., 1998, pág. 85.

³⁴ KRASNOW, Adriana N., *"FILIACION: Determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de filiación – Procreación asistida"*, Ed. LA LEY, 1° ed., 2005, pto. 1.2.2.2, pág. 82.

en lo que nos ocupa, respecto de los posibles sujetos legitimados para impugnar dichos vínculos filiatorios.

Existen distintos casos con diferentes soluciones, como lo son: la determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación invitro con semen del marido en vida; con semen del marido fallecido; con material genético del matrimonio tras el fallecimiento de la madre antes de su implante; con material genético de un matrimonio disuelto por la muerte de ambos antes del implante; con semen de donante en una mujer casada. Nos detendremos en este último supuesto.

La maternidad queda determinada por aplicación del art. 242 C.C. (*“La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”*). El problema se presenta con la determinación de la paternidad al originarse un deslinde entre la paternidad genética y la paternidad social (derivada de la voluntad procreacional). Según el art. 243 del C.C., el marido queda emplazado como padre, siendo indiferente la inexistencia de nexo biológico. Como las presunciones que atribuyen al marido la paternidad de los hijos habidos por la mujer son *iuris tantum*, es posible que aquél aduzca no ser el padre del hijo concebido in vitro y tenido por su esposa. Como tal acción puede ser ejercida por el presunto padre, hay que distinguir dos situaciones:

a.- *Inseminación o fecundación in vitro sin consentimiento del marido.*

b.- *Inseminación o fecundación in vitro con consentimiento del marido.*

a.- Si el marido no manifestó su voluntad procreacional, tiene legitimación para impugnar la paternidad matrimonial por ausencia de nexo biológico en virtud de lo que disponen los arts. 258 y 259 del C.C.³⁵; pero se plantea el interrogante de si el marido conservaría la acción en caso de haber sabido del parto, pero ignorado el procedimiento utilizado por la mujer para concebir el hijo. La regulación de la impugnación de la paternidad que el Código Civil establece no parece dar cabida a tal posibilidad. Mazzinghi considera que el marido podría articular contra su esposa la acción de divorcio por adulterio o injurias graves y, a fin de sostener tales causales, probar que no es el progenitor del niño. Sostiene que, en este caso, la inacción del marido durante el plazo previsto para impugnar la paternidad obedecería a la ocultación dolosa de la mujer, que no confió a su cónyuge la maniobra de la fecundación heteróloga, y ese vicio de la voluntad quitan significado a la caducidad del derecho que se habría operado, según la lectura literal de la ley.³⁶

b.- El consentimiento implica asumir su responsabilidad procreacional (el que resulta conveniente prestarlo por escrito para facilitar su acreditación) no encontrándose legitimado para plantear la acción, pesando

³⁵ KRASNOW, Adriana N., *"La verdad biológica y la voluntad procreacional"*, LA LEY 2003-F, 1150, pto. III. 5.; MAZZINGHI, Jorge A., *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 3° Ed. 1998, pág. 195.

³⁶ MAZZINGHI, Jorge A., *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 3° Ed. 1998, pág. 196.

más la voluntad procreacional que la verdad biológica. En este supuesto, se asiste a una carencia axiológica, puesto que existe la norma que habilita el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, pero el legitimado para hacerla funcionar no está de acuerdo con lo que quiso la ley, por los valores en juego, como son el amor, la seguridad y los valores supremos como la justicia y la humanidad. Mediante la heterointegración se puede acudir a los principios generales del derecho civil como la “teoría de los actos propios” o la “teoría de la voluntad procreacional”. Así, se protege la parte débil de la relación, o sea, el niño, pues permitir la impugnación produce un desplazamiento paterno que no podrá ser reemplazado por un emplazamiento conforme a la verdad, por tratarse de un donante anónimo.³⁷

A criterio de Mazzinghi, tal consentimiento se referiría a un acto de objeto contrario a la moral y las buenas costumbres, pero, a pesar de ello, la alegación de la propia torpeza sería inadmisibles y, por lo tanto, el pretendido impugnante carecería de acción.³⁸ Los senadores Menem y Sánchez, en el proyecto de reforma del Cód. Civil, incluyeron un art. 250, el cual decía “*en caso que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido podrá impugnar la paternidad si no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento*”. Al discutirse el proyecto en la

³⁷ KRASNOW, Adriana N., “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, LA LEY 2003-F, 1150, pto. III. 5.

³⁸ MAZZINGHI, Jorge A., “Derecho de Familia”, T. IV, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 3° Ed. 1998, pág. 195.

comisión del Senado, se prefirió no consagrar la norma. Pero aún en ausencia en la actualidad de una norma, la aplicación del principio que impide venir contra los actos propios constituirá, de lege lata, el obstáculo a una acción de desconocimiento deducida por el marido que expresamente autorizó o consintió la inseminación heteróloga.³⁹

Por su parte, el hijo, investido por la ley de la acción para impugnar el vínculo, no cabe duda de que podría hacerlo, cualquiera sea la modalidad adoptada para obtener la fecundación de la madre, con prescindencia de que haya mediado o no consentimiento marital.⁴⁰ El hijo puede plantear la acción en todo tiempo. Sin embargo, este proceder acarrearía un desplazamiento del vínculo paterno. Con el fin de garantizar la estabilidad del vínculo filial y la seguridad jurídica, en una futura ley debería concederse al hijo legitimación activa para entablar una acción autónoma de defensa de su derecho de identidad.⁴¹

Dada la importancia que, en la consideración de las acciones relativas a la filiación, asumen las técnicas de fecundación asistida, nos ocuparemos en el capítulo III con mayor detenimiento, a donde nos remitimos.

³⁹ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea., parág. 1146, pág. 558.

⁴⁰ MAZZINGHI, Jorge A., *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 3° Ed. 1998, pág. 196.

⁴¹ KRASNOW, Adriana N., *"La verdad biológica y la voluntad procreacional"*, LA LEY 2003-F, 1150, pto. III. 5.

Capítulo II

I. Impugnación de la paternidad matrimonial: Falta de legitimación activa del padre biológico. Valores en pugna. 1) *Interés superior del niño*. 2) *Identidad Personal*. 3) *Protección a la Institución Familiar*. 4) *Revalorización de la Posesión de Estado*. **II. Artículo 259 del Código Civil: análisis de su constitucionalidad a la luz de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.** **III. Proyectos de reforma legislativa al artículo 259 del Código Civil.** a) *Proyecto de Ley N° Expte. 2302-D-2008. Tramite Parlamentario 14/05/2008. Firmante: Edith Olga LLANOS*. b) *Proyecto de Ley N° Expte. 3529-D-2010, Trámite Parlamentario 21/05/2010, Firmante: Juan Mario PAIS*. **IV. Jurisprudencia. (casos).** a) “*D.P.V., A. c.O., C.H.*”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/11/1999. b) “*L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C.*”, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sala I, 12/05/2005. c) “*D.M., E.R.L. v/V., R.E. s/Impugnación de filiación matrimonial*”, Cámara 2° de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/12/2007. d) “*Z., H. M. c. C., J.R. y otros*”, Juzgado de la Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 4 de Paraná, 15/09/2003. e) “*F., V.H. c. M. C. A. y A.C.B.*”, Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río de Gallegos, publicado en LA LEY el 22/04/2009. f) “*M., R.S. c. S..S., G. y otro*”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 10/02/2010. g) “*M., V.D. c. Q., M. E.*”, Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, 06/06/2006. h) “*T.D., J.E. c. R.D.Q.*”, Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba, 23/10/2002. **V. Derecho Comparado.**

I. Impugnación de la paternidad matrimonial: Falta de legitimación activa del padre biológico. Valores en pugna.

Con respecto a la legitimación activa del presunto padre biológico podemos señalar que las tres posiciones que existen (la que admite; la que deniega; y la ecléctica o intermedia) se fundamentan cada una de ellas en distintos principios. La consecuencia inmediata de esto es la existencia de los siguientes valores en pugna:

- 1) *Interés superior del niño*: La noción sobre este principio es adoptada por varios autores, como Cecilia Grosman quien sostiene

que representa la consideración del niño como persona independiente reconociendo sus propias necesidades y aceptando los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo; son las necesidades propias del niño las que van a definir su interés en cada momento de su historia y de su vida.

A este valor lo encontramos como concepto jurídico en el ordenamiento argentino captado en fuentes de derecho internacional como de derecho interno; la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 3.1. establece “...*en todas las medidas concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será la del interés superior del niño...*” (con jerarquía constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la C.N.) y la ley 26061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley, en su art. 3 brinda claridad sobre la claridad del concepto “interés superior” del niño, definiéndolo como “*la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”, dando a continuación las pautas de interpretación: “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 hubieren transcurridos en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”.

En razón de este principio, algunos autores sostienen 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.

La Dra. Lloveras apunta 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 perspectiva de la CDN y la Ley 26061.”*⁴²

⁴² ALVAREZ, Mariana, *“La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial”*, UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO, Cartapacio de Derecho, pto. 2.1.

2) **Identidad Personal:** Autores como Carlos Fernández Sessarego definen al derecho a la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. 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 cada persona en su mismidad, en lo que es en cuanto ser humano. Se forja su identidad en el pasado, desde su concepción, traspasa el presente y se proyecta hacia el futuro. Partiendo de este enfoque, deslinda dos aspectos: a) Estático: el individuo se distingue de los demás seres humanos por una serie de signos externos, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, todo lo que constituye el perfil estático referido a la identificación y que están destinados a no modificarse sustancialmente en el tiempo; b) Dinámico: constituido por el conjunto de atributos y características, cambiantes en el tiempo. Entre los aspectos que comprende, se encuentran los intelectuales, morales, culturales, religiosos, profesionales, políticos, los cuales permiten diferenciar al sujeto en sociedad.⁴³

⁴³ ALVAREZ, Mariana, "La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial", UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO, Cartapacio de Derecho, pto. 2.2.;

Zannoni advierte que desde una perspectiva jurídica la identidad es un término que admite tres dimensiones: a) *Identidad personal en referencia a la realidad biológica*: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. Dentro de esta dimensión se diferencian dos aspectos: 1) identidad genética (abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible) y 2) identidad filiatoria (resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en vinculación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres); b) *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos*: refiere a los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, etc.; c) *Identidad personal en referencia a la realidad existencial*: realización del proyecto existencial de la persona, comprendiendo sus creencias, pensamientos, ideologías, costumbres, entre otras.⁴⁴

KRASNOW, Adriana N., "El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo", Ed. LA LEY 2007-A, 444, pto. III.3.

⁴⁴ KRASNOW, Adriana N., "El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo", Ed. LA LEY 2007-A, 444, pto. III.3.

La identidad se construye junto con el crecimiento de la persona y permite a ésta desarrollarse como única e irrepetible frente al resto, siendo la filiación (cuestión vinculada directamente al tema de análisis en este trabajo) un aspecto integrante de la dimensión estática.

La jurisprudencia tanto interna como extranjera sigue lineamientos muy similares a los expuestos al momento de definir qué se entiende por identidad.

Íntimamente vinculado a este principio, y en lo que en nuestro trabajo nos concierne, se encuentra inserto el principio a la Verdad Biológica, el cual, junto con el principio de Igualdad, son los que emergen del derecho argentino en materia de filiación desde la reforma introducida al C.C. por la ley 23.264. Pareciera que al legislador le interesó que el vínculo biológico coincida con el vínculo jurídico, ejemplo de ello es lo que prevé el art. 253 del C.C. (*“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”*), otorgándole suma importancia a la prueba biológica, pudiendo ser pedida aún de oficio por el juez. Mariana Álvarez cree 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 experiencia, quiénes son nuestros progenitores de sangre, es decir, el derecho a conocer los orígenes. Lloveras sostiene que el derecho de todo ser humano a conocer a 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 (en lo biológico como en lo social), qué lo funda y hace de él un ser irrepetible.

El derecho a conocer los orígenes se encuentra plasmado en el derecho extranjero en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando dice que *“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”*; y en el derecho interno en el art. 11 de la Ley 26061 que dispone *“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...”*. Esto demuestra la fuerza que tiene en nuestro país este derecho.

Así vemos cómo dentro de este principio de la identidad personal entran en juego otros derechos y/o principios que las forma, y que es, en definitiva, el juez (al momento de resolver cada caso en concreto) quien debe poner en la balanza las desmembraciones de

este derecho para decidir, ya que en ciertas situaciones fácticas un derecho tendrá más peso que otro.

La verdad biológica hace a nuestra identidad personal, pero como ya dijimos no es lo único que la constituye, ya que como enseña la Dra. Kemelmajer de Carlucci, existen distintas verdades: afectiva, biológica, sociológica, de voluntad individual y de tiempo, que son las que hacen a la personalidad del sujeto de derecho y no exclusivamente una de ellas.⁴⁵ En términos similares, Adriana Krasnow sostiene que la realidad biológica no puede tener condicionamientos para garantizar el vínculo biológico; que la identificación, como un aspecto de la identidad, no es más que la coincidencia en el binomio “padres-hijos”; pero que esto no significa que la posesión de estado y la intimidad familiar (como otros principios vinculados) no tengan importancia, sino que son dos aspectos distintos: una cosa es la realidad biológica, aspecto que debe independizarse de otra cuestión, cual es la asunción de un vínculo afectivo entre un padre de crianza y que debe resolverse en otro terreno. Cuestión que tratamos en el punto siguiente.

La identidad personal se encuentra prevista en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando establece “1. Los

⁴⁵ ALVAREZ, Mariana, “La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial”, UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO, Cartapacio de Derecho, pto. 2.2.

Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a establecer rápidamente su identidad.”

3) **Protección a la Institución Familiar:** Este principio se refiere al resguardo de la familia matrimonial, al interés familiar, frente a la injerencia de terceros. Esta protección que el legislador de 1985 tuvo en cuenta al momento de reformar el art. 259 del C.C., 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 entre marido y mujer ante la intromisión de terceros, lo que acarrearía la ruptura de tal institución. Mariana Álvarez considera que el legislador al proteger a la institución familiar ha privilegiado a la familia legítima, matrimonial, por sobre la familia de convivientes, ensambladas, no permitiendo que terceros extraños intenten alterar la paz familiar cuando la institución del matrimonio está en juego, pero deja una vía libre para que esos mismos extraños alteren la paz familiar de aquellas familias de convivientes. En esa protección a la familia

matrimonial, también se protege el interés del niño. Ahora, se pregunta M. Álvarez, si en el colectivismo previsto en la norma, no se pierde el individualismo del propio niño, desprendiéndose una puja entre el interés familiar y el interés superior del niño.

Así se produce un paralelismo entre la protección de la institución familiar y el interés superior del niño. En cada caso en particular es necesario tener en consideración las relaciones interfamiliares, la posesión de estado familiar, los lazos afectivos existentes entre el menor y su familia, es decir la faz dinámica del derecho a la identidad personal. Así, es posible y necesario, según las circunstancias del caso salvaguardar el interés superior del niño a través del valladar que se le impone a terceros que pretendan alterar la paz de la familia matrimonial, la paz del niño que se identifica con los integrantes de su familia desde el comienzo de su existencia. Se protege esta identidad familiar por sobre la identidad biológica. Observamos así como el interés del niño se puede identificar con el interés familiar, situación que puede variar en los distintos casos.

4) ***Revalorización de la Posesión de Estado:*** Hay autores que consideran que la posesión de estado ha tenido y tiene en materia de filiación una trascendencia e importancia que nunca tuvo la prueba biológica. En efecto, Vélez Sarsfield expresó su posición respecto del valor de la posesión de estado en la filiación en la nota al ex art.

325, diciendo: *“Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y...ha provisto a su educación, cuando...ha confesado ser el padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo...La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen son un reconocimiento continuo...El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal.”*.

Según Díaz de Guijarro, en la doctrina de la posesión de estado desarrollada por el codificador se observa la importancia que asume la actitud o conducta del padre a través del trato que le da a su hijo. Ese trato no significa otra cosa que el reiterado reconocimiento del padre hacia el hijo.

Actualmente la ley 23.264 consagra en forma expresa el valor de la posesión de estado en la filiación al establecer que dicha posesión

acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso (art. 256, C.C.).⁴⁶

Delia Gutiérrez sostiene una posición según la cual, si el menor goza de la posesión de estado con respecto a su verdadero padre (padre biológico) correspondería otorgarle la filiación, para el esclarecimiento de la verdadera paternidad. Si por el contrario, el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, elemento éste que además de construir la presunción legal de nexo biológico, en la generalidad de los casos revela que la familia continúa la convivencia, por lo que sería más beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo no se encontraría amparado por una ficción legal de paternidad sino por una situación de hecho que tiene mayor peso y beneficio para él.⁴⁷

⁴⁶ SOLARI, Nestor E., *“La intimidación familiar y la realidad biológica”*, publicado en LA LEY Gran Cuyo, 2005, 662, pto II. 2).-

⁴⁷ GUTIERREZ, Delia, *“Los tratados sobre Derechos Humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima”*, pág. 75, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 11, Abeledo Perrot, 1997.

II. Artículo 259 del Código Civil: análisis de su constitucionalidad a la luz de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional

Como lo señalamos en el capítulo I puntos III y IV, la actual ley 23.264 incorporó al propio hijo como legitimado activo en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Sin embargo, el art. 259 del C.C. mantiene vedada la legitimación para ejercer esta acción, entre otros, a la esposa y al supuesto padre biológico.

Jurídicamente, la reforma constitucional de 1994, al incorporar Tratados de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, vino a replantear las estructuras prevalecientes hasta ese momento, pasando el derecho a la identidad a ser eje en las acciones de filiación. Así se alteraron los ejes centrales, ya que las leyes internas se estructuran sobre otros paradigmas. En efecto, la ley 23.264 protege bienes jurídicos como: la estabilidad del vínculo filial, la paz familiar, el honor del marido, la teoría de los actos propios, la intimidad de la madre, entre otros. Ha quedado planteada, de esta manera, la discordancia entre las leyes internas y las disposiciones constitucionales.

En cuanto a la falta de legitimación del supuesto padre biológico, autores como Néstor Solari sostienen que la declaración de inconstitucionalidad del art. 259 del C.C. se ha fundamentado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece en su art. 3 que se

atenderá en todas las medidas concernientes a los niños, su interés superior y en su art. 8, que establece el deber de preservar su derecho a la identidad. Otro de los fundamentos que tiene en cuenta para declarar la inconstitucionalidad de esta norma, es la imposibilidad de asumir la paternidad responsable por parte del padre biológico; este principio (de paternidad responsable) surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su art. XXX prescribe: “*Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad...*”. Pero, de acuerdo al derecho interno, el padre biológico no puede efectuar el reconocimiento en forma voluntaria, ni puede acceder a la justicia para desvirtuar la paternidad del marido de la madre; nos encontramos en tales circunstancias con que la paternidad responsable exigida en las disposiciones constitucionales quedará condicionada a la conducta de otros para efectivizar su derecho.

Sin embargo, frente al supuesto de existencia posesión de estado de hijo respecto del pretense padre biológico, la falta de legitimación activa de este último, no vulneraría la posibilidad del ejercicio de esa paternidad responsable.

Otorgarle legitimación activa al padre biológico significaría, en forma directa, reconocerle su derecho a asumir su paternidad, a la vez que, en forma indirecta, favorece el derecho del niño a esclarecer su verdad biológica.

En cuanto a la falta de legitimación de la madre para impugnar la paternidad matrimonial podemos decir que atenta contra aquellos Tratados de Jerarquía constitucional, como la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que proclama en su art. 1 que la discriminación contra la mujer en cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana; en su art. 6.1 y 2 consagra su igualdad de derechos en el campo civil y, en particular, respecto del ejercicio de su capacidad jurídica, poniéndose especialmente de relevancia, en general, la equivalencia en cuanto a la condición de marido y esposa y en particular, respecto de derechos y deberes en lo referente a los hijos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que garantiza a las personas el pleno ejercicio de sus derechos sin discriminación alguna por motivos de sexo asegurando la igualdad de prerrogativas y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el mismo y luego de su disolución (arts. 1 y 17); la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara el derecho de toda persona de presentarse en condiciones de plena igualdad ante tribunales independientes y la facultad de hombres y mujeres de disfrutar de iguales prerrogativas en cuanto al matrimonio, durante y en caso de disolución del mismo (art. 10 y 16); también la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre dispone que todas las personas son iguales ante la ley y gozan de

sus derechos sin distinción alguna por razón de sexo (art. 2); y la Constitución Nacional en su art. 16 consagra el principio de que todos los habitantes son iguales ante la ley.

III. Proyectos de reforma legislativa al artículo 259 del Código Civil.

En referencia a los proyectos de ley presentados para modificar el art. 259 del C.C. podemos decir que han sido varios, de los mismos hemos seleccionado aquellos que a nuestro criterio plantean una adecuación de la legislación a los nuevos principios constitucionalmente reconocidos, como por ejemplo, la verdad biológica.

A continuación expondremos cada uno de ellos:

a) *Proyecto de Ley N° Expte. 2302-D-2008. Tramite Parlamentario 14/05/2008. Firmante: Edith Olga LLANOS:*

Este proyecto establece la sustitución del actual art. 259 del C.C., por el siguiente: *“La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, por el hijo, la madre y quien se atribuya la calidad de padre biológico. La acción de la madre, del marido y del pretense padre biológico caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo, que estos dos últimos, prueben que no tuvieron conocimiento del*

parto, en cuyo caso el término será de tres meses computado, desde el día que tomaron conocimiento del parto; y para la madre que pruebe que fue irresistiblemente forzada a inscribir al hijo falseando la paternidad, el plazo será de tres meses desde el momento en que cesaron las circunstancias determinantes del falseamiento. En caso de fallecimiento de cualquiera de los legitimados, sus herederos mayores de edad, podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En estos casos, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida de los legitimados. Los menores podrán hacerlo hasta un año después de haber alcanzado la mayoría de edad.”.

Los fundamentos esgrimidos por los legisladores en este proyecto son, entre otros, los siguientes:

Resolver la situación de desigualdad que genera el actual texto del art. 259 respecto de la madre y del supuesto padre biológico. Asimismo, tiene la finalidad de otorgar efectivo cumplimiento al **derecho a la identidad**, a la **realidad biológica** y la **eliminación del tratamiento desigual** respecto de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

Sostienen que la ley civil tiende a que todo hijo sea reconocido, al conferir el derecho a investigar su filiación, ejerciendo las acciones de reclamación de ella (según el art. 254 del C.C.).

Por otro lado, el *principio de igualdad en la responsabilidad paterna*, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio, sólo puede asegurarse si se facilita y apoya la determinación de la filiación extramatrimonial, y desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el consecuente derecho a que en el momento oportuno sea revelada tal filiación de modo de poder ostentar una filiación jurídica.

Argumentan que para asegurar que el derecho de toda persona a conocer su origen, sea efectivo implica que la madre sea colaboradora activa y oportuna. No puede diferirse a la época en que el hijo pueda accionar por filiación por sí mismo. El cercenamiento de parte de su identidad, por noble que pueda parecer la actitud de la mujer que resuelve ser madre a pesar de la censurable conducta de su co-engendrante, causará un daño irreversible en un niño que crezca sin poder ejercer todos los derechos y atributos derivados de su estado de familia. En el difícil conflicto entre dos derechos personalísimos de elevada jerarquía como son el derecho a la intimidad de la madre, y el derecho a la identidad del menor, deben conciliarse ambos teniendo en cuenta el *interés superior del niño*.

No obstante, creemos que este argumento sería factible en los casos en que la madre ejerciera dicha acción en el plazo previsto por el proyecto de ley, ya que, si por el contrario, la madre dejare transcurrir ese plazo de caducidad sin ejercer dicha acción, no quedaría otro remedio que diferir el

ejercicio de la misma al momento a que el hijo pueda accionar por filiación por sí mismo y también se causaría un daño irreversible en el niño al impedirle ejercer los derechos y deberes derivados del estado de familia.

En cuanto a la legitimación del pretense padre biológico se argumenta que no puede negarse que si se lo legitima a ejercer la acción de impugnación del art. 259, de modo alguno esto puede interferir en el afecto, amor, cariño y cuidado que puede tener el esposo de la madre en relación al niño y el amor que pueda sentir el menor respecto a quien es o puede ser el padre de crianza o conviviente. Aunque indefectiblemente esto implicaría para el marido de la madre, desde un punto de vista jurídico la pérdida del derecho de visita, la posibilidad de reclamar un régimen de cuota alimentaria, como así también discutir el ejercicio de la tenencia del hijo.

Pero al mismo tiempo, es imposible desconocer que el no reconocimiento de dicha acción sí puede impedir la posibilidad que el niño conozca su filiación con las consecuencias que ello trae aparejado tanto jurídica como sentimentalmente.

*b) Proyecto de Ley N° Expte. 3529-D-2010, Trámite Parlamentario
21/05/2010, Firmante: Juan Mario PAIS:*

Con este proyecto se busca sustituir el actual art. 259 del C.C. por el siguiente: *“La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá*

ser ejercida por éste, por el hijo, por la madre y por quien pretenda atribuírsela. La acción del marido, la madre y de quien alegue ser el progenitor biológico caducará al transcurrir cinco años desde el nacimiento o desde que cesaren las causas que pudiesen justificar su desconocimiento. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido o de quien pretenda atribuirse la paternidad, sus herederos podrán impugnarla dentro del plazo de un año desde la muerte de aquél, siempre y cuando el derecho no haya caducado de conformidad con lo previsto en el primer párrafo de este artículo."

Los fundamentos expuestos para ampliar la legitimación y el plazo de caducidad, son:

La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, jerarquizó de manera explícita el derecho en cuestión a partir de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), por lo que a criterio del legislador se debe adecuar nuestra legislación interna al nuevo paradigma de derechos humanos. Entiende que la actual regulación obsta al más pleno goce del derecho a la identidad, y dificulta la manda constitucional de facilitar el ejercicio de ese derecho en la medida de lo posible. Y como señalan las Doctoras Herrera y Famá conjuntamente con el

Dr. Gil Domínguez en su trabajo “Derecho Constitucional de Familia”, entienden que "en la medida de lo posible", se refiere sólo a los impedimentos de índole fácticos, o sea a la imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información - y no a los de índole legal-, por lo que resulta un imperativo modificar el artículo 259 del Código Civil atento que el texto vigente es por demás restrictivo en materia de impugnación de la paternidad.

En cuanto al plazo de caducidad, se argumenta que restringir a los posibles legitimados al plazo de un año la posibilidad de impugnar su paternidad y al mismo tiempo otorgarla al hijo en todo tiempo, impide la consolidación y estabilidad filiatoria pretendida, careciendo entonces de fundamento la imposición de un plazo de caducidad. Asimismo, otro elemento restrictivo es el cómputo del plazo de un año desde que se produjo el nacimiento o se tuvo conocimiento del parto, impone consecuencias jurídicas graves a la inacción en un plazo exiguo, impide el acceso a la tutela judicial, aún a pesar del desconocimiento de los datos fácticos que hubieran posibilitado al marido decidir su accionar.

IV. Jurisprudencia.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sido, dicho de algún modo, la precursora en esta temática sobre la falta de legitimación activa para ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por determinados sujetos, debido a que es a quien se le plantean los casos concretos y, en consecuencia debe resolverlos (ya sea admitiendo la legitimación como rechazándola), nos parece muy ilustrativo hacer una reseña sobre aquellos fallos que han sentado precedentes interesantes, tanto en la doctrina como en fallos posteriores, y también en los proyectos de ley que se han presentado para modificar el art. 259 del C.C.:

- a) *“D.P.V., A. c.O., C.H.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/11/1999:* En este caso la madre del niño S. promovió demanda de impugnación de la paternidad matrimonial que ostentaba su ex marido H.O. respecto de su hijo S. y reclamó en representación de éste, el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial de C. M. P. V., que según la actora era el verdadero padre del menor, y su actual marido, con quien tuvo dos hijos más, hermanos biológicos del menor S. En Primera Instancia se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la madre para deducir por derecho propio esta acción conforme al art. 259 del C.C.. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su sala B, confirmó lo resuelto en la Primera Instancia. Contra este pronunciamiento, la

actora vencida interpuso el recurso extraordinario federal por estimar que la limitación del art. 259 del C.C., que no incluye a la madre del niño entre los legitimados activos para deducir la acción, violenta (a su criterio) normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 17 inc. 4, 19 y 24), en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2, 7, 8 inc. 1, 12 inc. 1 y 18 inc. 1), que gozan todas ellas de jerarquía constitucional luego de la reforma al art. 75 inc. 22 de la C.N.

La Corte confirmó la sentencia del a quo con los siguientes fundamentos: *“No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma.”* (consid. 13)... *“la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Cód. Civ., que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al*

marido la vía legal para destruir una presunción legal a fin de que el sujeto sobre quien opera presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena. (consid. 14)... “La presunción de paternidad legítima...no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hayan en juego en esta causa contienen manifestaciones evidentes de la valoración de la familia constituida como realidad indispensable al bien personal y al bien común...” (consid. 15) “..el art. 259 del Cód. Civ. satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.” (consid. 17) “Que, por otra parte, en el derecho vigente actualmente en la República, la negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de la paternidad no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que

dicha acción queda abierta al principal interesado, que es el hijo.”
(consid. 18).

Sin embargo, los Dres. Petracchi y Bossert en su voto en disidencia, analizan una cuestión que, a criterio de Bidart Campos quedó sin tratarse en la sentencia respecto a si la negatoria de la legitimación a la mujer obstruye derechos de ella y del hijo, y si la falta de acción entorpece la ruta procesal que debe quedar expedita para no violar el derecho a la tutela judicial eficaz, es decir, quedó sin analizar una verdad constitucional a la que adhiere fervientemente B. Campos, cual es: ***Las leyes que niegan la legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son inconstitucionales*** (el resaltado nos corresponde).⁴⁸ Así, manifiestan: *“Que es doctrina de esta Corte que son válidas las distinciones normativas para supuestos que se estimen diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe una ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, con la consecuencia de que se excluya a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias...no puede sino concluirse que resulta arbitrario, por carencia de fundamento válido, y por lo tanto discriminatorio, el no reconocimiento de la*

⁴⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *“La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?”*, publicado en LA LEY 2000-B, 22, pto. 2 y 3.

acción de impugnación a la madre, en las condiciones planteadas en estos autos. No es fundamento válido de dicha distinción sostener que la acción constituye el medio para impugnar la presunción de paternidad, que pesa sobre el marido y no alcanza a la mujer, ya que sin perjuicio de la individualidad del vínculo de filiación entre cada progenitor y el hijo, ambos vínculos establecen el núcleo básico familiar constituido por los padres y el hijo; de modo que el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien, considera no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo con el padre biológico...se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en los que se interrelacionan la voluntad de los actos de ambos progenitores. Pretender escindir los vínculos, como si se tratara de entidades ajenas...para así negar interés legitimante a la madre actora, significa desconocer el aspecto básico, el más elemental, de la vida de familia. De manera que la ponderación hecha por el legislador en el art. 259 del Cód. Civil sobre lo que resulta conveniente para mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, negando acción de impugnación a la madre, represente una actitud discriminatoria contra quien tiene un interés jurídico para accionar, en el sentido de acomodamientos a las normas

constitucionales de jerarquía superior.” (consid. 9) “Que la identidad y conveniencia del menor, protegida por normas de las convenciones citadas, de jerarquía constitucional, sólo hallan plena tutela a través del reconocimiento de la acción a la madre, ya que puede ser ejercida aun antes de que el niño cuente con discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), permitiéndose así la efectiva protección en todo tiempo de su identidad, lo que atiende, además, a su conveniencia, ya que el desarrollo de su personalidad, el uso del nombre que realmente le corresponde, su vida familiar, afectiva y social, obtienen incuestionable beneficio si sucede en la infancia la desvinculación con quien no es el padre biológico, posibilitándose así el establecimiento del vínculo con el verdadero padre...” (consid. 10) “Que, negar la acción a la madre implica sostener una ficción, ya que la acción del hijo normalmente sólo podrá fundarse en el conocimiento de los hechos que la madre posee, dependiendo entonces tal acción de la decisión de la madre que proporciona los elementos para actuar.” (consid. 11).

- b) **“L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C.”, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sala I, 12/05/2005:** El Sr. C.F.L. inició ante el Primer Juzgado de Familia de Mendoza demanda por impugnación de filiación matrimonial solicitando se declarase

inconstitucional el art. 259 del Código Civil, en cuanto no legitima al padre biológico para reclamar la impugnación de la paternidad. Afirmó ser el padre extramatrimonial de la niña M.G.A nacida el 26 de enero de 2002. Relató haber tenido relaciones extramatrimoniales con la señora A.C.G.P.de A., fruto de la cual nació la niña. Que luego mantuvo conversaciones con el marido de la madre quien, no obstante conocer que la menor no era hija suya, terminó por pedirle que abandone la idea de todo reconocimiento.

El juez de familia no hizo lugar al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil, declarando improponible la demanda porque el actor no tiene legitimación sustancial activa, y ordenó se procediese al archivo de la causa. A lo que el actor apeló. La Cuarta Cámara de Apelaciones confirmó el decisorio argumentado: que el art. 259 enumera taxativamente a quienes pueden ejercer la acción de impugnación de la filiación legítima, en la cual el padre biológico no está contemplado. Esta falta de legitimación no viola el derecho a la identidad del hijo, que siempre gozará de la facultad de impugnar la paternidad en todo tiempo; que en el caso de autos es el interés superior de la niña, el que se entendió debía prevalecer, resguardado por la estabilidad de la familia donde está insertada, que se vería afectada si se permitiese la irrupción del supuesto padre biológico.

Frente a estos argumentos de la Cámara el actor interpone ante la Suprema Corte de Mendoza recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra la resolución dictada por la Segunda Instancia, entendiendo que la solución viola los arts. 75 inc. 22 de la C.N. y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y que tiene un interés procesal evidente; sabe que es el papá de la niña por confesión expresa de la mamá y de quien dice ser el padre (el marido de la madre). No puede, por el momento, acreditar el vínculo biológico dado que la prueba genética debe ser rendida en el proceso.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci en su voto expuso que entiende que la validez constitucional de algunas normas legales que regulan materia propia del Derecho de Familia puede y debe ser juzgada no sólo en abstracto, sino en concreto; que puede ocurrir que un texto infraconstitucional sea visible y manifiestamente contrario a la Constitución Nacional o Provincial en cualquier circunstancia fáctica.

Sostiene que entre las posturas que admiten la legitimación del presunto padre biológico y aquellas que la deniegan, existe una variante ecléctica a la cual adhiere. Esta última, como ya hemos tratado, distingue 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; en cambio, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación al presunto padre biológico debe ser negada. Por lo tanto, Para determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis de las circunstancias del caso entre las que se destacan: la edad del niño; la conformación del grupo familiar en el que está inserto; y las relaciones familiares fácticas previas.

La ministra adhiere a esta posición entendiendo que es la que mejor concilia los intereses en juego, esto es, el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo. *“Que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”).”* (punto XIII. 2 del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Todas estas verdades hacen a la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva

dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera sucede 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.

Esta tesis intermedia, según Kemelmajer de Carlucci, no niega el derecho a conocer la realidad biológica, pero pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci aplica esta posición ecléctica al caso a resolver: La niña tiene apenas tres años y está con su madre, quien convive con su marido, y quien es padre según la normativa civil; está fuera de toda duda que, además de la presunción legal, el marido tiene a su favor, un verdadero estado de padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa filiación jurídica. La legitimación que se pretende, de tener éxito la demanda, desplazaría a esa niña de esa situación de legitimidad y la trasladaría al ámbito de la extramatrimonialidad perdiendo vínculos jurídicos no sólo con quien la cuida y quiere como su hija sino a todo su entorno familiar. El Estado, a través del Poder Judicial, vendría a interferir

en la intimidad familiar, en el derecho a la vida familiar de los demandados, sin tener certeza que tal modificación respeta el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia legítima más allá del dato genético que el actor se atribuye. Tengo claro, pues, que el principio de precaución me impone, por el momento, cerrar la posibilidad de tal injerencia estatal en el ámbito de la vida familiar de esta niña de tan corta edad. La solución que propone (según su voto) no implica penalizar a quien quiere asumir sus responsabilidades de padre, ni negar los adelantos de las pruebas científicas, ni los nuevos conceptos sociales. Se trata, sólo de no ejercer injerencias estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, priorizar su interés superior real, cuya determinación, por el momento, está en manos de las personas a las cuales la ley atribuye la calidad de padres, y no en la de los jueces, ni en la de una persona que, más allá de la comprensible carga emocional del caso, hace advertencias al tribunal que ponen en duda el equilibrio necesario para develar la verdad biológica. Por todo lo expuesto, concluye que corresponde rechazar los recursos deducidos. A los cuales adhieren los restantes integrantes del Tribunal confirmando la sentencia de segunda instancia.

- c) ***“D.M., E.R.L. v./V., R.E. s/Impugnación de filiación matrimonial”***,
Cámara 2° de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y

Tributaria de Mendoza, 18/12/2007: El actor inició ante el Juzgado Quinto de Familia de la Primera Circunscripción Judicial, demanda por impugnación de filiación matrimonial afirmando ser el padre extramatrimonial de un niño nacido de una mujer casada con quien relató haber tenido relaciones extramatrimoniales y solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil. Efectuado el estudio de ADN, solicitado por el Sr. Fiscal, éste arrojó un resultado positivo. El juez de grado rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad, y rechazó la demanda por falta de legitimación activa. El juez de primera instancia sostuvo al resolver este caso que la decisión a tomar debía darle contenido al interés superior del niño con independencia de los intereses de otros sujetos, individuales o colectivos e incluso de sus propios padres y teniendo en cuenta la realidad vital de los involucrados. A partir de esa premisa delimitó los derechos del actor a que la realidad biológica concuerde con la realidad jurídica y los derechos de F.: a la paz familiar; a su familia; a que se respete su identidad; derecho a la verdad. Analizó cada uno de ellos, destacando que F. está totalmente integrado con quienes siente que son su familia. Esa paz familiar está estructurada sobre un eje fundamental que es la posesión de estado (el niño F. E. N., está inscripto como hijo del matrimonio N. V., aunque es genéticamente hijo del actor E. D.; que

el niño tiene dos hermanas y se reconoce inserto en la familia actual, con N. como su padre, hermanas, abuelos, tíos, desconociendo su realidad genética). Por otra parte N. como marido de la madre, es el padre según la normativa civil, y es a quién quiere como tal, es quién lo cuida al igual que a sus hermanas, es decir que a la presunción legal se añade un verdadero estado de padre, con los deberes emergentes de esa filiación jurídica. Estima la sentenciante que la aparición de D. originará una fisura en el grupo, generando un dolor en F., quien no está preparado para asumir súbitamente el cambio de su filiación paterna que desconoce. Cita en apoyo de lo que sostiene el art. 3 de la ley 26.061 destacando la necesidad de proteger al niño su centro de vida, entendiendo como tal el lugar donde ha transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Destaca la ley que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño y otros derechos o intereses, por legítimos que sean, prevalecen los primeros. Analiza el derecho de F. a su identidad, indicando que la misma tiene una faz estática y una dinámica. La primera que tiene que ver con lo genético y lo físico, desde el vínculo biológico con sus ancestros hasta sus huellas digitales, su voz, su imagen. Es decir, sus rasgos físicos, internos y externos. Agrega que la personalidad dinámica tiene que ver con lo espiritual y modificable, incluyendo las creencias, los valores, los

sentimientos, la cultura, su medio social y humano, sus pensamientos, sus opiniones, su ideología. Y se pregunta si la identidad dinámica y la estática pueden separarse. En esa situación se encuentra F., que se identifica con la familia que conforma con los N..

Afirma la sentenciante que el derecho a la verdad y a qué hacer con ella es de F. y el Estado debe garantizárselo para evitarle ser víctima de otros intereses. Por ello la familia N. debe ser conminada a asumir el compromiso serio y responsable de poner en conocimiento del niño su situación. Y ello es así porque la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño. Lo que sí tiene valor absoluto es su derecho de conocer esta realidad genética. Por lo que, a pesar de rechazar la demanda, ordenó a los demandados el deber de hacer saber a su hijo F. E. N. los resultados de las pruebas genéticas obrantes en autos cuando lo consideren oportuno en función de la madurez psicoafectiva del niño, con constancia del cumplimiento de lo ordenado. También se ordenó a la madre y al Sr. A. N. que arbitren los medios para que el niño realice tratamiento psicológico. Finalmente ordena arbitrar medidas de seguimiento de la situación familiar y recepcionar el cumplimiento de lo dispuesto.

Se expide también la a quo sobre la legitimación activa de D. y la

oportunidad de accionar en este momento. Sostiene que el art. 259 del C.C. no el padre biológico carece de legitimación porque el legislador priorizó la paz familiar, impidiendo que ajenos al núcleo de convivencia puedan interferir en las relaciones familiares. Surge de autos que el actor no desconoce su falta de legitimación, planteando la inconstitucionalidad de la norma que limita su derecho. Señala la a quo que en el caso de autos es el propio Ministerio Fiscal al requerírsele sobre la legitimación pidió la prueba científica. Por otro lado los demandados no plantean su oposición sino que acceden a la realización de las pruebas, colaborando generosamente pero reclamando la protección de la familia que han conformado. Estima, en virtud del precedente jurisprudencial (fallo analizado anteriormente) 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. En relación a la oportunidad del reclamo compara la falta de legitimación -no determinada ab initio con el plazo concedido al marido de la madre de un año. Se pregunta si al padre jurídico se le otorga el plazo de un año, por qué a D. se lo puede autorizar a reclamar cuando él quiere, casi con la amplitud que se le concede al hijo. D. no ha aclarado porque no reconoció oportunamente a su hijo pues el niño nació en abril de 1999 y recién fue inscripto en febrero de 2.000 y solo con filiación materna,

cuando ha confesado que no desconocía el nacimiento. Se ha limitado a hacer valer hoy el vínculo biológico sin demostrar arrepentimiento ni ofrecido hacerse cargo de su hijo o de rehacer el vínculo con el mismo. Se pregunta la sentenciante si el niño hubiera sido reconocido oportunamente no se estaría resolviendo entre las mismas partes la privación de la patria potestad por el desamparo a que se sometió D. al niño en los primeros tiempos de su vida. Concluye afirmando que D. fue un padre ausente en los momentos de mayor vulnerabilidad y cuando F. ya tiene un padre pretende ser reconocido él como padre. La función de padre la ejerció, ejerce y seguramente la seguirá ejerciendo N. que ha criado, educado y mantenido a F.. Concluye que se trata de preservar la identidad, la estabilidad y el acceso a la verdad, al margen del componente genético.

El actor apela dicha sentencia cuestionando las afirmaciones de la a quo en tanto sostiene que la demandada solicita se resguarde al niño del derecho a permanecer con los vínculos familiares que ha tenido cuando no es esto lo peticionado por la Sra. V. y su esposo que han expresado su deseo de conocer la realidad biológica del niño. Cuestiona como ha interpretado la a quo que la madre ha protegido a su hijo, mintiéndole y cometiendo un delito que es la supresión de identidad; cuestiona que se afirme que nunca convivió con la Sra.

V. cuando ha acreditado lo contrario, desvirtuando así la presunción de paternidad de N. con la prueba de ADN; cuestiona que se haya minimizado el principio de la identidad, afirmando que F. se identifica como hijo de N., priorizando esta identificación a la biológica. Resalta que el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño en orden a conocer a sus padres, respetando su derecho a preservar su identidad, lo que se ha violado. Explica que nunca se quiso desentender de su hijo y las razones por las que no pudo inscribirlo a su nombre oportunamente y que cuando lo quiso hacer se encontró con el reconocimiento de N.; cuestiona que no se haya admitido la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., cuando ya la doctrina se ha alzado en contra de esta solución que contraviene normas internacionales y la propia Constitución en lo que hace al derecho a la identidad del niño. Agrega que como el vínculo paterno filial es recíproco no se puede reconocer el derecho a saber quién es el verdadero padre si no se le otorga acción a aquel para reclamar la paternidad.

La Cámara sostuvo respecto a la cuestión del rechazo de la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., que el legislador ha sido claro en la redacción histórica original y en la modificación reciente de la norma, concediendo solo la acción de impugnación de paternidad al hijo, al marido de la madre y a sus herederos. Recuerda

que conociendo el legislador la pretensión de que se ampliara el espectro de legitimación no lo hizo. Primó la tradicional protección de la institución familiar. No desconoce las razones de cada una de las posturas a favor y en contra de la extensión interpretativa de la legitimación, como así tampoco de la postura ecléctica. Un claro desarrollo de los antecedentes doctrinarios, legales y jurisprudenciales, nacionales como extranjeros, se encuentra en el fallo, anteriormente desarrollado del Superior Tribunal de Mendoza, en el que, asumiendo la postura ecléctica, resuelve una situación casi idéntica a la de este caso, protegiendo, el emplazamiento familiar del niño.

El Tribunal hizo suyo los fundamentos vertidos por la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el fallo antes expuesto, en cuanto a todas las verdades que hacen a la identidad de la persona humana.

Confirmó el criterio de la Sra. Juez de Primera Instancia, que impone a los demandados la obligación, bajo control judicial y ayuda profesional, de hacerle saber cuando sea oportuno la verdad al niño. Termina el Tribunal rechazando el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., confirmando el decisorio de primera instancia que determinó la falta de legitimación del actor para pretender impugnar la paternidad del niño F. E. N..

d) *“Z., H. M. c. C., J.R. y otros”, Juzgado de la Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 4 de Paraná, 15/09/2003*: En este caso, el actor inició demanda impugnando la paternidad matrimonial argumentando que mantuvo una relación sentimental con la madre de su hijo a partir del año 1994, estando casada la mujer. Ante una crisis matrimonial, ésta se separa, sigue manteniendo un vínculo con el actor y concibe al niño. Al enterarse decide reanudar la convivencia con su marido. A pesar de la reconciliación, sigue manteniendo relaciones sexuales con el actor, al que le comunica el embarazo. El niño nace el 15 de agosto de 1995, posteriormente el actor convivió con la mujer durante cinco meses en aparente matrimonio, ejerciendo sobre el hijo su función de padre con plenitud (posesión de estado). En febrero de 1996, la mujer decide terminar la convivencia con el actor y vuelve con su esposo impidiendo desde ese momento todo contacto entre su hijo y el presunto padre biológico. Es importante destacar que el marido de la mujer no podía ser el padre biológico por ser estéril, según los dichos de su esposa.

El actor sostuvo que la admisión de su legitimación activa encuentra sustento en la incorporación al Derecho interno, de instrumentos internacionales de alcance constitucional (Convención Americana de

Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño), que llevan a la tácita derogación del art. 259 del C.C.

La jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 de Paraná admitió la legitimación activa del actor haciendo lugar a su pretensión, declarando la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., rechazó la excepción de falta de acción y declaró el desplazamiento del estado de hijo matrimonial y emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial de su madre.

Para llegar a dicha solución la jueza acudió a la axiología, debido a la presencia de valores contradictorios y en la necesidad de determinar la jerarquía entre los mismos. Resalta la importancia del *derecho a la identidad*, el que merece una privilegiada y eficaz tutela jurídica. Destaca que ha quedado atrás la estructura de la familia patriarcal, en donde el interés del marido aparece como el interés de todo el grupo familiar. Hace referencia al fallo de la Corte Suprema que hemos desarrollado en el inc. a) de este análisis jurisprudencial, apoyándose en el criterio seguido por el voto en disidencia de los Dres. Petracchi y Bossert, en el cual hacen lugar a la legitimación activa a favor de la madre (en ese fallo) para impugnar la paternidad matrimonial.

Considera necesario apreciar los alcances personales, espaciales y materiales que se presentan en cada caso en concreto; debiendo

atender a los intereses y expectativas de las partes en vinculación con cuestiones vitales y/o cotidianas. En un asunto de filiación entran a jugar repercusiones de tipo personal y social: toda persona tiene derecho a un emplazamiento materno y paterno acorde con su verdad biológica, contando para ello con un marco legal. En este caso, el criterio seguido por la jueza es respetuoso del interés del interés del actor, al arribar a una solución acorde al valor verdad. Parte de la consideración de cuestiones cotidianas presentes en el caso: la madre (biológica y legal) se encontraba separada de hecho de su marido a la época de la concepción; la separación de hecho tiene su fuente en la infidelidad de la mujer; con posterioridad al nacimiento, el actor invocó convivir con la madre en aparente matrimonio, ejercitando sobre el hijo -cuyo emplazamiento filial paterno impugna- su función de padre con plenitud hasta la ruptura, perdiendo todo contacto ante la negativa de la madre. Todo lo cual muestra la existencia de una disociación entre quienes (madre legal y padre legal) se amparan en una ficción protegida, en principio por la ley (art. 243, C.C.) y quien persigue un sinceramiento del vínculo en defensa del interés del hijo. Este conflicto presente en el plano de la realidad social se transforma de una cuestión cotidiana en una cuestión vital que exige la intervención de la justicia.

La jueza destaca el carácter operativo de los instrumentos internacionales de alcance constitucional y decide declarar la inconstitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil por tratarse de una norma vigente que no guarda armonía con lo establecido en dichos instrumentos internacionales que abren la posibilidad de extender la legitimación activa a favor del padre biológico y la madre, para garantizar el acceso del hijo a su verdadera identidad de origen. La interpretación realizada por la jueza apunta a lo que quiso (el fin buscado) el autor: el sinceramiento de los vínculos filiales con miras al interés del hijo.

La decisión del caso se ajustó al "principio supremo de justicia", el que implica, garantizar a cada cual un ámbito de libertad dentro del cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona.

Es importante resaltar que, en el caso planteado, la falta de colaboración en el proceso por la parte demandada negándose a someterse a la pericial biológica, creó un cierto grado de incertidumbre al no poder confirmarse con el dato biológico la inexistencia de nexo biológico entre el marido de la madre y el hijo. Sin embargo, el conjunto de pruebas arrimadas a la causa por el actor confirmando la presunción en contra que recae sobre los demandados, crean la convicción que el actor es el padre biológico.

Entiende la jueza que el derecho de una persona a conocer su verdad biológica reviste mayor importancia que el derecho a la intimidad e integridad física de quien se dice afectado por la realización de la pericial biológica, por lo que no debe admitirse que el demandado fundamente su negativa en una supuesta vulneración de garantías constitucionales, ya que no existe proporción entre el sacrificio que significa la extracción de una muestra de sangre y la privación de acceso a una identidad completa (materna y paterna) para el niño.

e) ***“F., V.H. c. M. C. A. y A.C.B.”, Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río de Gallegos, publicado en LA LEY el 22/04/2009:*** En este fallo el actor interpone acción de inconstitucionalidad del art. 259 C.C. a fin de lograr la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial. La madre del menor conocía al actor desde el colegio primario, y que, finalizado el mismo, perdieron todo tipo de contacto. En diciembre de 2000, se reencontraron cuando la mujer, separada de hecho de su cónyuge, estaba de vacaciones con sus dos hijos. Mantuvieron relaciones sexuales en varias oportunidades. Luego, la mujer volvió a Río Gallegos. Con posterioridad, la mujer le comunicó al actor por internet, que estaba embarazada. A pesar de que el actor viajó a la referida ciudad, para asumir la paternidad, la

madre del niño decidió restablecer el vínculo afectivo con su marido. El Juzgado Provincial de Primera Instancia de Familia de Río Gallegos declaró la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C. en cuanto impide la legitimación procesal del padre biológico.

- f) *“M., R.S. c. S..S., G. y otro”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 10/02/2010:* En este fallo, muy reciente, el juez de primera instancia hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del C.C. interpuesto por el supuesto padre biológico. La Defensora Oficial Civil apeló la sentencia. La Cámara confirmó dicha sentencia haciéndose eco de lo resuelto en la causa *“L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C.”, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sala I, 12/05/2005*, adhiriendo a la variante ecléctica. Las razones que llevaron al Tribunal para confirmar la sentencia del a quo se sustentan en las pruebas aportadas en la causa. En efecto, el niño cuenta con 6 años de edad, habiendo vivido siempre con aquél y con su madre, debiendo advertirse que éstos decidieron contraer matrimonio el 25 de enero de 2008, regularizando de esta manera la relación de hecho que tenían. Además, la prueba biológica determinó con un grado de probabilidad del 99,9998% que R.M. no podía ser excluido como padre de P.G. Por otro lado, no existen dudas de que el accionante

cumplió con el rol de un verdadero padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa situación. El niño vive con la pareja desde su nacimiento y con los demás integrantes de la familia comparten salidas y vacaciones y con el padre comparte actividades futbolísticas informales, valoradas como significativas en el marco de la relación paterno filial. Es decir, que existe en el caso concreto, una posesión de estado de hijo del menor acreditada.

Es relevante asimismo la conducta procesal omisiva del ex marido de la madre del menor, quien se ha desentendido totalmente de su familia, abandonándolos y no compareciendo al proceso, a pesar de los intentos realizados para lograr su comparecencia.

Habiéndose acreditado una prolongada y estable relación del actor con la madre, se produjo la inversión de la carga probatoria, por lo que es el demandado quien debe aportar pruebas fehacientes que permitan repeler la paternidad invocada por el actor.

- g) *“M., V.D. c. Q., M. E.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, 06/06/2006:* En este fallo, la cuestión central no se refiere a los posibles legitimados activos, sino al plazo de caducidad previsto por el art. 259 del C.C.

El actor (padre legal) inició acción de impugnación de paternidad matrimonial. Fruto del matrimonio nacieron dos hijos, de los cuales,

según las respectivas actas de nacimiento, el marido fue quien denunció el 28 de mayo de 1998 el nacimiento de uno de sus hijos. El otro hijo, cuyo nacimiento denunció la madre, nació el 23 de marzo de 2000. El marido interpuso la acción el 4 de abril de 2002 cuando el plazo de caducidad previsto por el art. 259 del C.C. se encontraba vencido.

La justicia debía decidir sobre la admisibilidad o no de la demanda, por parte del marido, en la que cuestionaba su paternidad, en el marco de una acción entablada con posterioridad al año de la inscripción de los nacimientos de los menores. El fallo de primera instancia no hizo lugar a la impugnación de la paternidad interpuesta, por haber operado el plazo de caducidad del art. 259 del Código Civil.

La Cámara, en cambio, revocó la resolución de primera instancia y declaró la nulidad de todo lo actuado. No obstante, la sentencia de Cámara estuvo dividida. En efecto, la posición minoritaria del tribunal interpretó que correspondía rechazar la impugnación de paternidad, el tanto el actor dejó transcurrir largamente el plazo señalado por el art. 259 C.C., no obstante que él mismo señala haber tenido dudas en todo momento respecto de su paternidad, pues, *“dicho plazo de caducidad no es un capricho legislativo, dado que la conformación del orden familiar requiere cierta estabilidad en las*

diversas formas de emplazamiento de sus integrantes, por lo que dejar librada indefinidamente la posibilidad de que el padre cuestione su carácter de tal, sin limitaciones temporales, lesionaría claramente tal estabilidad” (según voto del Dr. Videla Sánchez). Sin embargo, la mayoría del tribunal entendió que era procedente declarar la nulidad del proceso mediante el cual se resolvió no hacer lugar a la impugnación de paternidad por haber operado el plazo de caducidad del art. 259 del Código Civil, dado que no se integró subjetivamente el litigio en debida forma, ya que la litis fue trabada contra la madre, siendo que la acción debió dirigirse contra los hijos cuya filiación se controvierte y, además, se advierte la incompatibilidad entre la aplicación de dicho plazo de caducidad y el interés superior del niño, que es el que debe primar.

- h) **“T.D., J.E. c. R.D.Q.”, Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba, 23/10/2002:** Este fallo, al igual que el anterior resuelve declarar: la inconstitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil en cuanto limita a un año el plazo del marido para ejercer la acción de negación de paternidad. En consecuencia hace lugar a la impugnación de paternidad deducida fuera de ese plazo y resuelve que debe prosperar la demanda y declarar que el señor J. E. T. D. no es el padre de J. L. T. D. atento el resultado de las pruebas biológicas

realizadas. Por último y no obstante hacer lugar a la pretensión formulaba por el padre se resuelve autorizar al menor desconocido a conservar el apellido utilizado durante 18 años. El actor cuestiona la constitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil por estimar que la limitación temporal impuesta le impide ejercer su derecho de defensa en juicio, afecta el principio de igualdad ante la ley y sus derechos patrimoniales y plantea que la situación fáctica configurada vulnera el derecho de identidad de su presunto hijo y atenta contra el estado civil cuestión que involucra al orden público. La madre se opone al progreso de la acción expresando que el actor es médico, que inscribió al niño al nacer, que le dispensó trato de hijo durante dieciocho años aún en calidad de padre divorciado, por lo que le cabe el efecto de la posesión de estado. Por su parte el hijo menor quien también es demandado, manifiesta que no desconoce los resultados de las pruebas científicas que evidencian que su filiación biológica es distinta de la que creía, pero solicita se le autorice conservar como propio el apellido del actor pues lo identifica y representa su historia vital de veinte años.

Se realizaron las pruebas biológicas al supuesto padre y al hijo, las cuales fueron contundentes al afirmar la certeza negativa de la paternidad. Con lo que queda excluida la filiación paterna. Esta pericia es determinante en la resolución y por ello el tribunal señala

que la posesión de estado resulta ineficaz para neutralizar la demostración científica de la falta de nexo paterno filial.

El Tribunal señala que el art. 259 del C. C. no se adecua a lo que disponen los arts. 28 y 31 de la Constitución Nacional ni a las disposiciones del art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que ostentan jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional). El sentenciante, advierte en primer lugar, que las limitaciones impiden al actor el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad lo cual en el contexto de la normativa legal resulta arbitrario e importa una restricción al derecho de acceso a la justicia. Y en el caso concreto vulnera también la garantía de igualdad entre las partes (art. 16, Constitución Nacional). En tal sentido se sostiene que no es razonable reconocer al marido y presunto padre esta potestad de indagar sólo por un término y negársela si la necesidad de conocer la verdad aparece con posterioridad a su vencimiento. También la limitación temporal para el ejercicio de la acción opera para el padre pero no pesa sobre el hijo y con ello se está afectando otro derecho fundamental: el de igualdad ante la ley.

V. Derecho Comparado.

Nos parece apropiado, exponer algunas de las legislaciones vigentes en el derecho comparado sobre quiénes son los sujetos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, a fines de demostrar quiénes han receptado los principios que se han plasmado en convenciones internacionales y los constantes avances científicos que repercuten en los vínculos filiatorios y quienes aún tienen un derecho interno en discordancia con normas del derecho internacional.⁴⁹

- **Francia:** El C. C. Francés en su art. 316 establece que si el marido hubiera estado presente al tiempo del nacimiento del hijo, debe ejercer la acción de impugnación de la paternidad dentro de los seis meses posteriores al nacimiento; pero si no hubiera estado presente, debe ejercer la acción dentro de los seis meses posteriores a su regreso; si el hijo le hubiera sido ocultado, la acción caduca a los seis meses de haber descubierto el fraude.

El art. 316-1 dispone que si el marido falleciera antes de haber ejercido la acción, pero antes de que hubiera caducado, sus herederos estarán legitimados para impugnar la paternidad. Dicha acción se extingue a los seis meses desde que el hijo tomara

⁴⁹ SAMBRIZZI, Eduardo A. , *“Tratado de Derecho de Familia”*, Ed. LA LEY, t. V, pto. 1233, pág. 583 y sgtes.

posesión de los bienes paternos, o desde que los herederos hubieran sido turbados en su posesión por el hijo.

Es interesante destacar que los arts. 318 y 319 prever que si el marido no impugnase la paternidad, la **madre** podrá impugnarla, pero **sólo con el fin de obtener la legitimación del hijo** cuando, tras la disolución del matrimonio, se haya casado con el verdadero padre del hijo. La impugnación la deberá interponer junto con su nuevo cónyuge, junto con una demanda de legitimación, dentro de los seis meses siguientes a su matrimonio y antes de que el hijo haya cumplido siete años.

Observamos que en el derecho francés no se encuentran legitimados ni el hijo ni el padre biológico; y la madre únicamente para el caso expuesto.

- **España:** El art. 136 del C.C. establece que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial podrá ser ejercida por el marido dentro del plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil; no obstante, dicho plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Si el mismo falleciere antes de transcurrir ese plazo, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que restare para completar dicho plazo; pero si el marido no hubiera conocido el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

El art. 137 del C.C. español también prevé que el **hijo** podrá impugnar la paternidad, pero véase el plazo con el que cuenta (distinto al de nuestra legislación que es imprescriptible), **durante el año siguiente a la inscripción de la filiación en el Registro**. Si fuere menor de edad o incapaz, el plazo para ejercer la acción por sí mismo se contará desde que alcance la mayor edad o la plena capacidad legal. Si el hijo fuere menor o estuviere incapacitado, el ejercicio de la acción en interés de aquél corresponde durante el año siguiente a la inscripción de la filiación en el Registro, a la **madre** o al **Ministerio Fiscal**. Sin embargo, si faltare la posesión de estado, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo como por sus herederos.

Así vemos en la legislación española mayor amplitud en cuanto a los legitimados. Sin embargo, el padre biológico tampoco se encuentra legitimado.

- **Chile:** El art. 212 del C.C. chileno dispone que la paternidad del hijo concebido o nacida durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de su mujer. Salvo ocultación del parto, la residencia del marido en el lugar del nacimiento, hará

presumir su conocimiento del mismo. Si al tiempo del nacimiento el marido estuviera ausente, se presumirá que tuvo conocimiento del parto a la vuelta a la residencia de la mujer, salvo que hubiera habido ocultación del parto.

En el supuesto de que el marido muriera antes de conocer el parto o de vencido el término para impugnar la paternidad, el art. 213 prevé que la acción corresponderá por ese mismo plazo o por el tiempo que faltare para completarlo, a sus herederos y **a toda persona a quien la paternidad irrogare un perjuicio actual**. Salvo que el padre hubiera reconocido al hijo como suyo por testamento o en otro instrumento público.

La paternidad, según el art. 214, también podrá ser impugnada por el representante por el **representante legal** del hijo incapaz, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento. Como también por el **hijo**, dentro del término de un año contado desde que alcance la plena capacidad.

La madre no se encuentra legitimada, pero el art. 215 establece que será citada en el juicio de impugnación de la paternidad, pero no obligada a comparecer.

Se observa que la legislación chilena se asemeja a la española en cuanto limita el plazo para impugnar la paternidad al propio hijo (contando dicho plazo desde distintas situaciones).

- **Uruguay:** En la legislación uruguaya los únicos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, según los arts. 220 y 221 del C.C. son el marido dentro de los dos meses desde que conoció el nacimiento; y sus herederos si muere dentro de ese plazo, quienes tendrán cuatro meses para interponer demanda de negación de la paternidad del difunto, el que comenzará a correr desde que el hijo fue puesto en posesión de los bienes del fallecido. No obstante, la acción no puede interponerse, como también prevé la legislación chilena, si el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento o en otro instrumento público.
- **Paraguay:** Al igual que en la legislación uruguaya el C.C. de Paraguay los legitimados a impugnar la paternidad matrimonial son el marido y, en caso de que fallezca sus herederos. El art. 239 establece que la acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio –que deberá ser promovida contra la madre y el hijo o contra los herederos de éste– prescribe a los sesenta días desde que el marido tuvo conocimiento del parto. Y el art. 243 dispone que, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer al hijo como propio, supuesto en el cual tanto aquél como sus descendientes o herederos podrán iniciar la acción hasta sesenta días después de conocido el fraude o el error.

- **México:** El C.C. para el Distrito Federal (en la misma línea que la legislación uruguaya y paraguaya) dispone entre sus arts. 330 y 333 que el marido tiene sesenta días para desconocer su paternidad matrimonial, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento. Si el marido se encuentra bajo tutela por demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de la razón, la acción puede ser ejercida por su **tutor**. Si el marido murió sin recobrar la razón, los herederos pueden impugnar la paternidad en los mismos casos en que podía hacerlo aquél. Excepto en ese supuesto, los herederos del marido no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el marido no inició la demanda de impugnación. En los demás casos, si el esposo murió sin hacer la reclamación dentro del término legal, los herederos tendrán para impugnar la paternidad, sesenta días contados desde que aquel en que el hijo fue puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.
- **Cuba:** El Código de Familia establece en sus arts. 78 y 79 que la inscripción del nacimiento del hijo practicada conforme a lo establecido por la Ley del Registro del Estado Civil podrá ser impugnada por el **cónyuge que no hubiera concurrido al acto**,

pudiendo fundarse la impugnación sólo en la imposibilidad de los cónyuges por haber procreado el hijo. La acción sólo podrá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la que el demandante hubiere tenido conocimiento de la inscripción.

Para finalizar este apartado, no podemos dejar de señalar cuál es la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial, ya que ha sido un antecedente muy importante y fundamento de muchas decisiones a la hora de resolver casos concretos que se han planteado a nuestros jueces. Así podemos citar el *caso Kroon*, el cual se trata del reclamo de la madre de un niño (Mrs. Kroon) ante la Corte Regional de Amsterdam a fin de obtener la declaración de que su marido no era el progenitor de aquél, para posibilitar el reconocimiento de quien decía ser su padre biológico. La Corte Regional rechazó la pretensión sobre la base de que existen limitadas excepciones a la regla de que el marido de la madre se presume el padre del niño que nace antes del día trescientos siete seguido a la disolución del matrimonio. Mrs. Kroon apeló ante la Suprema Corte, argumentando que el niño nació dentro de los trescientos seis días de la disolución del matrimonio y determinó que primeramente se estableció una relación entre el niño y su padre biológico la que calificó como “vida de familia” para los propósitos del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Suprema Corte encontró constituida una interferencia con el art. 8 de la Convención desde que éste obstruye la formación del reconocimiento legal de los lazos de familia, salvo que la madre y el padre biológico contraigan matrimonio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) debió enfrentarse para resolver el caso a los siguientes hechos: Mrs. Kroon se había casado en 1979 con un ciudadano marroquí, pero ese matrimonio se rompió rápidamente; años después, en 1987 tuvo un hijo; la mujer ya no convivía con su marido, pero tampoco con el padre del niño. Luego del nacimiento ella se divorció y, aunque sin convivencia estable, tuvo con el mismo hombre otros tres hijos que reconoció. El padre biológico y la madre presentaron ante el oficial del registro se les permitiese declarar que el niño no era hijo del marido, sino del peticionante, pero la solicitud fue rechazada porque el marido de la madre no había impugnado la paternidad. El padre biológico denunció la violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la desigualdad que se generaba entre sus cuatro hijos. El gobierno nacional se defendió argumentando que la relación entre los padres no se traducían en una vida familiar, pues el supuesto padre biológico y la madre habían decidido no casarse y no se había probado que el padre biológico estuviese a cargo del cuidado y educación del niño.

El TEDH sabía que, según la ley belga, la celebración del matrimonio hubiese permitido al padre adoptar al niño y de ese modo

establecer el vínculo, pero afirmó que la razón por la cual los padres han decidido no casarse es irrelevante; una solución que no autoriza al padre crear un lazo legal con un hijo con el que existe un lazo familiar a no ser que se case con la madre del niño, es incompatible con la noción de respeto de la vida familiar. Para el TEDH, el respeto a la vida familiar exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal que coha tanto con los hechos establecidos como con los deseos de las personas involucradas, sin beneficiar realmente a nadie. Para el TEDH, la noción de “vida familiar” configura un supuesto de concepto jurídico indeterminado, que varía según los tiempos, lugares y especiales circunstancias de vida. Por lo que concluyó que, a pesar del margen de discrecionalidad disponible, el país denunciado no había garantizado a los demandantes el respeto de su vida familiar a la que tienen derecho en virtud del Convenio y terminó declarando que, en el caso, la norma interna impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea impugnada por el marido de la madre violaba el derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 de la CEDH.

Capítulo III

I. Fecundación asistida. Cuestiones Jurídicas. II. Técnicas de reproducción humana artificial. III. Determinación de la paternidad matrimonial. Impugnación de la paternidad del marido. IV. Disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional. V. Proyectos legislativos frente al vacío legal en la materia. VI. Derecho Comparado.

I. Fecundación asistida. Cuestiones Jurídicas.

En los capítulos anteriores hemos analizado, entre otras cuestiones, la filiación materna y paterna de personas nacidas por medios naturales, es decir, por la unión sexual del hombre y de la mujer. Pero desde hace un tiempo, más precisamente desde el año 1978, la unión de los gametos masculino y femenino se está produciendo también fuera del cuerpo de la mujer, por medios artificiales, dando origen también a un ser humano, *el embrión*, que luego se transfiere a ella, se desarrolla en su útero y luego nace. A estos procedimientos de procreación humana, se los ha denominado *fecundación o procreación humana asistida o artificial*.

Se entiende por procreación humana asistida a “*los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción*”.⁵⁰ A través de estas técnicas se penetra en el ámbito íntimo de la pareja que desea procrear, cuando por diversas causas, no pueden realizarlo por la vía natural

⁵⁰ KRASNOW, Adriana N., *FILIACION: Determinación de la Maternidad y Paternidad. Acciones de Filiación. Procreación Asistida*, Ed. LA LEY, 1° ed, 2005, pto. 2.2., pág. 141.

de la unión de los gametos femenino y masculino en el seno materno. Algunos de estos métodos, como expondremos más adelante, prescinden de la cópula carnal y otros, necesitan de la misma pero con ayuda médica especializada.

Estas técnicas o procedimientos de fecundación asistida no han comenzado a desarrollarse en estos últimos años, sino, en verdad, desde fines del siglo XVIII, aunque mucho tiempo antes ya se había experimentado en animales y plantas, existiendo antecedente de su utilización en animales en Grecia como en el Imperio Romano. Pero en lo que hace a la especie humana, Domingo Basso señala que el primer caso en el que se obtuvo un resultado exitoso fue en Inglaterra cuando Hunter, en 1864, logra producir una gestación introduciendo en la vagina de la mujer líquido seminal de su esposo; en cambio, Iñigo de Quidiello, Levy y Wagmaister afirman que el primero habría sido en 1785, en que se conocieron los trabajos del Decano de la facultad de Medicina de París, Thouret, quien habría fecundado a una mujer con una inyección intravaginal, utilizando su propio semen, convirtiéndose en el primer antecedente de inseminación artificial heteróloga.⁵¹

A pesar de los casos antes citados, el auge y florecimiento de las nuevas tecnologías reproductivas se inician en Europa y Estados Unidos. En la

⁵¹ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. LA LEY, T. V, pto. 1294, pág. 1 y sgtes.

década del cuarenta del siglo pasado, comienzan a instalarse centros de almacenamiento de esperma. En 1953, se registra el primer embarazo utilizando semen congelado.

A fines de la década del cincuenta, se producen los primeros casos de fecundación extrauterina, con el reemplazo de trompas dañadas por artificiales. En 1969, en Melbourne, se colocó una cápsula plástica en una mujer, para facilitar la unión de los gametos; si bien el método tuvo éxito técnico, le provocó a la mujer una infección por lo que se la tuvieron que retirar. Años después, los doctores Edwards y Patrick Steptoe, comenzaron con la experiencia de recoger óvulos para ser fecundados en el laboratorio. Paralelamente, el equipo de Melbourne, rescataba óvulos cuando realizaba intervenciones quirúrgicas en los ovarios y cuando hacían laparoscopia.

Otro antecedente muy interesante ocurrió en 1961 en Bolonia, cuando el doctor Petrucci comenzó con pruebas y cultivo de embriones in vitro, suspendiendo al poco tiempo dicha práctica.

El 16 de julio de 1978 es el momento culminante, en el cual, los doctores Steptoe y Edwards anuncian el nacimiento de Louise Brown, conocida mundialmente como la “*bebé de probeta*”, puesto que la fecundación se alcanzó in vitro en forma extracorpórea.

En nuestro país, el primer bebé fecundado in vitro nació en 1985 y se registra en el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción (C.E.G.Y.R), en Capital Federal.⁵²

II. Técnicas de reproducción humana artificial.

Las técnicas de reproducción humana asistida pueden ser divididas en dos grandes grupos de acuerdo a su mayor o menor complejidad:

a) *Técnicas de baja complejidad*

Estimulación ovárica: es el procedimiento más sencillo, consiste en estimular hormonalmente a la mujer durante el ciclo, con el fin de producir mayor cantidad de óvulos maduros y aumentar la probabilidad de un embarazo por el camino natural.

Inseminación artificial: esta técnica consiste en el depósito de material genético masculino en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero de la mujer. Dentro de este procedimiento pueden distinguirse cuatro métodos de aplicación:

- Inseminación artificial intravaginal: consiste en la colocación del semen en la parte superior de la vagina mediante una jeringa.
- Inseminación artificial intracervical: se deposita el esperma, en contacto con la secreción cervical. Para este fin, se introduce

⁵² KRASNOW, Adriana N., *FILIACION: Determinación de la Maternidad y Paternidad. Acciones de Filiación. Procreación Asistida*, Ed. LA LEY, 1° ed, 2005, pto. 2.2., pág. 140.

material biológico masculino en el cuello del útero y el resto se coloca en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente.

- Inseminación artificial intrauterina: consiste en el depósito en el semen en la cavidad uterina.
- Inseminación artificial intraperitoneal: consiste en la incorporación de espermatozoides en el líquido intraperitoneal, por medio de una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación.

b) Técnicas de alta complejidad

Fecundación “in vitro” (F.I.V.): este procedimiento se inicia con la estimulación ovárica para aumentar la probabilidad de embarazo. Luego, los óvulos son aspirados por vía trasvaginal, posteriormente se procede al examen de los mismos en el laboratorio y se los clasifica según su madurez. Paralelamente, el hombre entrega su muestra de semen, la cual en el laboratorio es sometida a un procedimiento de separación del plasma seminal y de los espermatozoides. Se seleccionan los espermatozoides que presentan mayor movilidad, éstos son colocados junto con cada ovocito en placas y son incubados a una temperatura igual a la del cuerpo humano. Efectuada la inseminación en el término de 16 a 18 horas, se comprueba si han fertilizado. A las 12 horas de la fertilización, el embrión obtenido se divide en dos células; la división

celular continúa y al cabo de 48 a 72 horas, los embriones están en condiciones de ser transferidos al útero de la mujer. Los embriones a implantar se colocan en un catéter de transferencia el cual recorre el cuello uterino y coloca el contenido en la cavidad uterina.

Transferencia intratubaria de gametas: se aplica en mujeres que tienen sus trompas de Falopio sanas. El procedimiento consiste en la colocación de los óvulos en las trompas de Falopio, previamente extraídos mediante laparoscopia, junto con los espermatozoides. La fertilización se produce en el cuerpo de la mujer. Una vez fertilizado el embrión se implanta en el útero espontáneamente.

Inyección Intracitoplasmática de un espermatozoide: este procedimiento se aplica cuando la calidad del semen no sirve para la fecundación in vitro. Se recurre a esta técnica de micromanipulación de gameto. Los pasos a seguir son: estimulación de la ovulación; aspiración de ovocitos; inyección de ovocitos; transferencia. Para desarrollar este procedimiento, se necesita un microscopio especial de alta resolución al cual se le incorpora un sistema de pequeños brazos que sujetan micropipetas. A través de éstas, se fija un óvulo y se le inyecta un solo espermatozoide recuperado. Entre las 12 y 18 horas posteriores a la introducción del espermatozoide dentro del óvulo, se realiza la visualización de los pronúcleos para confirmar la fertilización. Por

último, entre las 48 y las 72 horas de realizado este procedimiento se concreta la transferencia embrionaria, similar a la descrita para la F.I.V.

Transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones: estas técnicas son variantes de la F.I.V., puesto que alcanzada la F.I.V. se coloca en la trompa el embrión resultante y según el desarrollo del mismo se distinguen estas técnicas:

- Transferencia a la trompa de uno o más huevos fecundados: la transferencia se practica luego de las 36 horas de la fertilización.
- Transferencia de embrión a las trompas: se concreta a los 2 días.
- Transferencia de pronúcleos a las trompas: los gametos comienzan su fecundación fuera del cuerpo de la mujer y luego se transfieren a las trompas de Falopio, mediante una laparoscopia, cuando aún no se ha producido la división de las células embrionarias, dentro de las 24 horas.

Una distinción importante en el ámbito jurídico, que tiene consecuencias respecto de los vínculos filiatorios, es aquella que tiene en consideración la utilización de material genético propio de la pareja o ajeno. La clasificación es la siguiente:

- *Técnicas de reproducción humana asistida homólogas:* en este tipo de procedimiento se utiliza material genético de la pareja.
- *Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas:* en este tipo de prácticas se recurre a material genético de un tercero (donante).

Estos procedimientos que actualmente se aplican en forma casi cotidiana en todo el mundo y que se han convertido en prácticas socialmente aceptadas, al punto de avanzarse hacia una paulatina legislación (aunque escasa todavía) que las regule, son calificados por parte de un sector de la doctrina como inmorales, debido a que constituyen un modo de comenzar a existir no acorde con la dignidad del ser humano que exige ser fruto de un acto de amor de los padres y no el resultado de una creación en el laboratorio. Así, por ejemplo, Mazzinghi señala que la fecundación in vitro se asemeja a un proceso de fabricación en el que los progenitores concurren con la materia prima, cuya unión en un laboratorio, mediante una manipulación técnica se encuentra sujeta a los recaudos propios de la elaboración industrial. Manifiesta su disconformidad por varios motivos: la forma de obtención del semen, el hecho de que la utilización de estas técnicas implican generalmente la muerte de los embriones que se desechan, y principalmente, porque constituye una violación al orden natural al separar el acto sexual y la procreación.

III. Determinación de la paternidad matrimonial.

Impugnación de la paternidad del marido.

En materia de filiación, cuando se habla de determinar, como ya hemos dicho, se hace referencia a señalar jurídicamente quién es la madre y/o padre de una persona. De acuerdo con nuestro sistema legal, se aplica el mismo criterio para determinar la maternidad matrimonial o extramatrimonial.

La determinación de la maternidad está regulada en el art. 242 del Cód., Civil.

En cuanto a la determinación de la paternidad, el criterio es diferente:

- Paternidad matrimonial: el emplazamiento del menor podrá determinarse por dos caminos: 1) por la inscripción de su nacimiento con el nombre de la madre y el matrimonio de ésta que permite el juego de la presunción de paternidad matrimonial (art. 243 del Cód. Civil); 2) por sentencia que hace lugar a la acción de reclamación de filiación matrimonial.
- Paternidad extramatrimonial: ante la ausencia de un elemento objetivo como el matrimonio, en la filiación extramatrimonial no se sabe quién es el padre al apartarse de lo establecido por el orden social, regulándose dos caminos para determinar la paternidad: 1) Reconocimiento; 2) La sentencia que acoge la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En estas técnicas, juega un papel muy importante el consentimiento informado. Su definición varía según la fuente que se utilice para definirlo, sin embargo todas coinciden en que se trata de un proceso mediante el cual se informa al paciente. Existen dos modelos:

1.- Modelo paternalista: el vínculo entre el médico y paciente es asimétrico, quien sufre la enfermedad se encuentra en una situación de inferioridad y se considera que no está en condiciones de tomar decisiones.

2.- Modelo de autonomía: reivindica las libertades individuales y el derecho de los pacientes a tomar las decisiones sobre su cuerpo conforme a la información recibida. En cuanto a qué informar existen dos posturas: a) visión autonomista: debe darse toda la información al paciente, para que él tome una decisión libre; b) visión paternalista: transmitir al paciente lo necesario para que acceda al tratamiento.

En el caso de la procreación humana artificial se presentan características que no existen en otras prácticas médicas: una pareja o una mujer sola que ejerciendo la libertad procreacional y recibiendo del equipo médico la información necesaria para tomar conocimiento de las particularidades de la práctica, decide someterse a un tratamiento destinado a procrear. Por lo tanto, los progenitores y el equipo médico decidirán la forma, momento y destino del naciurus.

Análisis de la determinación de la filiación en cada caso desde el funcionamiento de la norma:

- a) **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro con semen del marido, en vida de ambos:** este supuesto se resuelve de acuerdo con lo dispuesto por los art. 242 C.C. (determinación de maternidad matrimonial) y 243 C.C. (determinación de la paternidad matrimonial), ya que hay coincidencia entre el nexo biológico y el jurídico, aquí no procede acción de impugnación alguna. La voluntad procreacional de cada cónyuge se manifiesta en la conformidad (consentimiento expreso o tácito) de someterse al tratamiento.
- b) **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro con semen del marido fallecido:** frente a este caso surgen ciertos interrogantes: ¿el derecho a procrear es un derecho individual?; ¿ el derecho de la viuda a ser inseminada es un derecho subjetivo exigible?. De admitirse la inseminación, la maternidad quedaría determinada por lo dispuesto en el art. 242 del C.C. En cuanto a la determinación de la paternidad hay dos posturas: La primera entiende que el art. 243 del C.C. se aplica solo en el caso de que el nacimiento ocurra dentro de los 300 días del fallecimiento, caso contrario, el hijo tendrá el emplazamiento de hijo extramatrimonial y solo podrá acreditar el vínculo biológico mediante el ejercicio de una acción de reclamación

de filiación extramatrimonial. La segunda considera que se debe tener en cuenta la existencia de nexo biológico y la voluntad procreacional manifestada en vida, independientemente de si el nacimiento se produce o no dentro de los 300 días del fallecimiento. En general se considera más justa esta postura, ya que tiende a asegurar y a garantizar el derecho del hijo a tener un emplazamiento filial pleno acorde a su verdad biológica.

Hay que hacer la aclaración de que el derecho a procrear es un derecho compartido con una persona del sexo opuesto y se traduce en la necesidad de fusionarse el material genético femenino y masculino para dar origen a un nuevo ser. Avanzando en el derecho del hijo a desarrollarse dentro de una familia, la voluntad unilateral de madre no puede privar a éste de su figura paterna.

c) **Determinación de la filiación de la persona fecundada in vitro con material genético del matrimonio, tras el fallecimiento de la madre antes de su implante:** Se plantean dos posibilidades: el descarte de los embriones (total rechazo a esta posibilidad); o implante en otra mujer: ¿Cómo se determina en este caso la maternidad? Pueden originarse situaciones diversas:

- 1) Hay un deslinde entre la madre biológica y la madre gestacional. Esta última no comparte con la persona por nacer vínculo biológico, pero asume su responsabilidad materna al consentir la

práctica. La maternidad quedará determinada por la prueba del parto y la identidad del nacido, como consecuencia de ello quedará emplazada la madre gestacional como madre legal independientemente de la inexistencia de nexo biológico.

- 2) Si el padre biológico se casa con la madre gestacional, el hijo será matrimonial, a pesar de no respetarse en su totalidad su verdad biológica.
 - 3) En el caso de que la madre gestacional no se case, el hijo será extramatrimonial y la paternidad se determinará por el acto de reconocimiento o por sentencia en juicio de reclamación de filiación extramatrimonial.
 - 4) Si la madre estuviese casada con un hombre que no es el que apporto el material genético y no manifestó su voluntad procreacional, será emplazado como padre sin existir nexo biológico y podrá cuestionarse el emplazamiento por él o por el hijo ejerciendo la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.
- d) **Determinación de la filiación de la persona fecundada in vitro con material genético de un matrimonio disuelto por la muerte de ambos antes del implante:** en este caso la única solución posible es dar a los embriones en adopción prenatal, a fin de evitar el descarte y garantizar el derecho a nacer y a tener una familia.

e) **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada con semen de donante:** este es el supuesto en el cual pretendemos centrarnos por ser aquél que se encuentra directamente vinculado con el tema de análisis en este trabajo. En este supuesto la maternidad quedará determinada por aplicación del art. 242 del C.C. El problema se presenta con respecto a determinar la paternidad al existir un deslinde entre la paternidad genética y la social. Conforme a las normas en vigencia, el marido quedará emplazado como padre, independientemente de la inexistencia de nexo biológico.

Con respecto a la posibilidad de ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, hay que diferenciar:

1) Inseminación o fecundación in vitro sin consentimiento del marido: en este caso si no manifestó su voluntad procreacional, estaría legitimado para impugnar la paternidad por ausencia de nexo biológico. La falta de consentimiento por parte del marido puede producir una situación disvaliosa entre los cónyuges, pues la fecundación de la mujer con semen de un tercero, sin el consentimiento del marido, puede constituir una injuria grave. Pero esa situación disvaliosa también puede afectar al hijo, en especial, ya que el marido al impugnar su paternidad (ya que en nuestro derecho al no existir normas que contemplen en forma explícita el tema,

procede la aplicación de las disposiciones generales sobre la impugnación de la paternidad) y al existir el anonimato con respecto a los donantes de semen, generarían un hijo carente de una filiación paterna.

2) *Inseminación o fecundación in vitro con consentimiento del marido*: el consentimiento implica la asunción de la responsabilidad procreacional, por lo tanto no se encuentra legitimado para plantear la acción, pesando más la voluntad procreacional que la verdad biológica. Por otra parte, el hijo puede plantear la acción en todo tiempo.

Con respecto a la forma del consentimiento resulta conveniente prestarlo por escrito para facilitar su prueba.

Sin perjuicio de que se presume la paternidad del marido, se presenta el interrogante de si habiendo prestado previamente un consentimiento libre y sin vicios, el mismo puede o no con posterioridad impugnar la filiación del hijo, con fundamento en la inexistencia de la relación genética entre ambos. Hay autores como Llambías que admiten la impugnación de la paternidad por el marido, con fundamento en el hecho de que la voluntad de los interesados no se puede tener en cuenta en una materia de orden público, como lo es en este supuesto. En igual sentido, Corral Talciani sostiene que en los ordenamientos en donde no existe una

norma particular al respecto debe hacerse lugar a esta acción utilizando como fundamento la regla clásica de la indisponibilidad del estado civil y, por tanto, de la irrenunciabilidad de la acción. Perrino sostiene que el marido estaría en condiciones de impugnar la paternidad, porque el hecho de que el marido haya prestado su consentimiento es irrelevante y se encuentra viciado de nulidad por contrariar el art. 953 del C.C., porque el acto jurídico que la autorizó es contrario a las buenas costumbres y perjudica los derechos de terceros.

En cambio, hay otra postura doctrinaria sostenida por Sambrizzi, que entiende que una vez que el marido presta el consentimiento no puede volver sobre ese acto, desconociéndolo al ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Considera que es **inmoral** la conducta de aquél que, a pesar de haber prestado libremente su consentimiento para la fecundación de su esposa con gametos de un tercero, luego de haberse producido se vuelve atrás y asume una posición distinta, violando el principio de la buena fe-lealtad. Al consentir esta práctica el marido ha generado en la esposa una expectativa seria en el sentido de que en el futuro no impugnaría la paternidad que la ley presume. En igual sentido Mazzinghi, sostiene que, a pesar de considerar a estos procedimientos y su consecuente consentimiento por el marido como conductas

contrarias a la moral y a las buenas costumbres, la alegación de la propia torpeza sería inadmisibile y por lo tanto, el pretendido impugnante carecería de acción.

3) *Inseminación sin consentimiento de la madre*: en el caso que por error o intencionalmente se emplee semen de un tercero, el marido si no expresó su voluntad, podrá accionar; pero si prestó su consentimiento para esta práctica no podrá ejercer esta acción porque no podría alegar su propia torpeza. El hijo, se encuentra legitimado para ejercer esta acción en todo tiempo. En este supuesto existe un especial interés en cuanto a si existe la posibilidad de que la madre impugne la paternidad de ese hijo; si bien es cierto que nuestra legislación no prevé que la misma esté legitimada para ejercer esta acción por derecho propio, también lo es que en el caso no se da el motivo que llevó al legislador a no otorgarle esa legitimación (el hecho de no poder la misma alegar su propia torpeza en razón de que la impugnación de la paternidad del marido implicaría el reconocimiento de haber incurrido en adulterio), en el supuesto de análisis no se da esa situación, por ello según Sambrizzi, debería admitirse una excepción a esta imposibilidad legal de la madre. Krasnow entiende que en el caso la mujer debería estar legitimada en virtud de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que respaldan su derecho.

- f) **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con semen de donante anónimo:** estamos en presencia de un afiliación extramatrimonial. La maternidad quedará establecida por aplicación del art. 242 del C.C. La paternidad quedará determinada en el caso que el tercero reconozca al hijo o mediante el ejercicio por el hijo de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.
- g) **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer que vive en concubinato, con semen de su concubino:** También aquí estamos frente a una filiación extramatrimonial. La maternidad quedará establecida por aplicación del art. 242 del C.C. En cuanto a la paternidad pueden presentarse dos variantes: 1) que el concubino asuma su responsabilidad procreacional mediante el acto jurídico del reconocimiento (arts. 248 y 249 C.C.); 2) ante la falta de reconocimiento, queda abierta la posibilidad de plantear una acción de reclamación de filiación extramatrimonial (arts. 254, 256, 257 del C.C.). A fin de probar la existencia entre la madre y quien se señala como padre biológico, tendrá importancia el consentimiento informado prestado por ambos para el tratamiento.

h) Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en una mujer (casada o no) con semen de hombre casado, con el compromiso de entregar el hijo al matrimonio conformado por el dador del semen y su mujer: Aquí la mujer acepta ser inseminada con semen de un hombre casado que no es su esposo para procrear un hijo, una vez nacido se compromete a entregar el mismo al padre biológico y su mujer. La función materna se disocia entre la madre genética, la madre gestacional (reunidas en la misma persona) y la madre social (esposa del hombre que aportó su material genético). Conforme a nuestro derecho, la maternidad queda determinada en la mujer que llevó adelante el embarazo (art. 242 C.C.) y la paternidad dependerá de su estado civil. Si fuera casada, su marido quedaría emplazado (art. 243 C.C.), y sólo podría ser desplazado mediante el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial (art. 258 y 259 C.C.) y; posteriormente procederá el reconocimiento o en su defecto la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial (art. 254 C.C.). Si fuese soltera, estaríamos frente a una filiación extramatrimonial y el padre biológico quedaría emplazado mediante el acto del reconocimiento o por una sentencia en juicio de reclamación de filiación extramatrimonial. En el caso de que el menor fuese inscripto a nombre de la mujer del dador del semen,

sería procedente la acción de impugnación de la maternidad por no ser la madre del hijo (art. 261C.C.). Podrá accionar cualquier interesado, pero no el marido ni la esposa ni la mujer inseminada, que consintieron el procedimiento (art. 262 C.C.).

- i) **Determinación de la filiación de la persona fecundada in vitro con material genético de la pareja gestada en el vientre de otra mujer:** este es el caso de la maternidad subrogada, separándose la calidad de madre genética y madre gestacional. De acuerdo con nuestro derecho, será emplazada como madre la gestacional (art. 242 C.C.). Para acreditar la falta de nexo biológico deberá plantearse una acción de impugnación de la maternidad (art. 261 C.C.) encontrándose legitimado cualquier interesado, con la excepción de la madre subrogada, su cónyuge, el marido y la esposa, por haber consentido el procedimiento. El hijo será emplazado como hijo matrimonial o extramatrimonial, según que sus padres estén o no unidos en matrimonio. Si la inscripción se hizo a nombre de la mujer de quien proviene el óvulo, se actuó conforme a lo no previsto por la ley (art. 242 C.C.). Sin embargo no sería posible plantear una acción por la existencia de nexo biológico.

IV. Disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional.

Los avances científicos en el campo de la reproducción humana asistida han generado cambios sustanciales en el Instituto de la Filiación, especialmente en el tema de la determinación de vínculos filiatorios. Debemos tener en cuenta que la Ley 23264 tiene como principal objetivo proteger el *interés superior del niño*, el que se traduce en el derecho del menor a contar con un emplazamiento filiatorio que coincida con su verdad biológica. Sin embargo, las nuevas circunstancias que se plantean a consecuencia de los avances científicos llevan a planteos que se apartan en muchos casos, de la coincidencia de lo jurídico con lo biológico por razones de justicia.⁵³

Las técnicas de reproducción humana asistida, son un ejemplo del impacto arriba mencionado. Los casos que estas técnicas generan, algunos se encuadran directamente en la norma, y otros no están adecuados a la misma. Esto nos enfrenta con nuevas formas de paternidad y maternidad, en donde cada caso tiene su particularidad propia, como hemos visto.

De acuerdo a los principios enunciados por la ley 23264 se ha dejado de lado la voluntad procreacional, rescatando la verdad biológica como medio de garantizar al hijo el reconocimiento de su derecho a la identidad en

⁵³ KRASNOW, Adriana N., "*La verdad biológica y la voluntad procreacional*", LA LEY, 2003 - F, 1150.

referencia a la realidad biológica. En el desarrollo del punto anterior vemos, que en la procreación humana artificial en algunos casos el emplazamiento filiatorio no guarda concordancia con la verdad biológica al privilegiarse la voluntad procreacional. Hay que preguntarse si es válido jerarquizar en ciertos casos la voluntad procreacional y en otros la verdad biológica, o si por el contrario, es necesario alcanzar la uniformidad.

Derecho al hijo:

En muchos países desarrollados existe en la actualidad una tendencia a reconocer una especie, por llamarlo de alguna manera, “*derecho al hijo*”, considerado éste como un medio de satisfacer una necesidad que en cierta forma se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida, o quizás, por la necesidad innata del ser humano de perpetuarse. En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos, que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida, como si aquéllos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo (olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho), que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quienes. Hay autores, como Bustamante Alsina que han denominado “*ensañamiento procreativo*” a este supuesto derecho al hijo, que entiende resulta del afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costa, lo que evidencia la necesidad de satisfacer un deseo personal, olvidando que el procrear no es un derecho del

ser humano, sino un don de la naturaleza, como también que el hijo tiene el derecho natural de nacer con dignidad. Sambrizzi, en la misma línea de pensamiento, entiende que las personas no tienen un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión de procrear en forma natural, lo cual no ocurre en el supuesto de la procreación asistida en que se requiere la intervención de otras personas distintas a la pareja. Sin embargo, se ha dicho que cuando la naturaleza no lo permite, la medicina y las ciencias sociales han creado un verdadero *derecho a la asistencia o a la alternativa artificial* para vencer la esterilidad, consistiendo la cuestión en saber hasta dónde debe llegar la libertad de engendrar recurriendo a los medios de procreación artificial.

Mazzinghi señala que no existe el mentado derecho a tener un hijo. Entiende que los cónyuges tienen derecho a remover los obstáculos que les impidan alcanzar ese grado de plenitud que consiste en ser padre y madre de otras personas, pero esto no implica que se los habilite para emplear cualquier medio en procura de tal fin. Por eso destaca que el derecho que el matrimonio otorga a quienes lo contraen es el de realizar los actos que son aptos para la procreación; es decir, el derecho a emplear los medios que pueden conllevar o no el nacimiento de un hijo, pero en ningún caso se adquiere un derecho al hijo en sí mismo. Pero en aquellas parejas convivientes y aún en la persona soltera, este supuesto derecho lo ve aún más débil como consecuencia de la precariedad o inexistencia de una unión

o la falta de una estructura familiar, que incidirían perjudicialmente en el hijo, cuyos derechos deben ser contemplados y entre los que se incluye el derecho a nacer en una familia organizada. Opina que el hijo, desde su concepción es un *sujeto de derecho* que debe ser respetado como tal en su vida, en su dignidad, y en aquellas prerrogativas que se le reconocen como propias y que la ley le atribuye en forma expresa. En ningún caso el hijo puede ser objeto de un derecho, porque admitir esa conclusión sería reducirlo a una condición semejante a la de las cosas. Procurar el nacimiento de un hijo a través de sistemas que afecten su dignidad, que oscurezcan su origen biológico o que limiten sus posibilidades naturales de ser educado en una familia es, a su criterio, atentar contra los derechos que le competen y es vulnerar el orden social justo.⁵⁴

Por otro lado, Ana María Vega Gutiérrez considera que la admisión de este derecho implicaría como una consecuencia lógica, del reconocimiento a no tener un hijo. De esta manera, el contenido de los derechos reproductivos implicaría un atentado contra los propios derechos humanos al contener alguna de las reivindicaciones exigidas por quienes están de acuerdo con ese derecho: el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a tener un hijo mediante técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna o el derecho a la esterilización. Entiende que la responsabilidad procreadora

⁵⁴ MAZZINGHI, Jorge A., *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Abaco de Rodolfo de Palma, 3° ed., 1998, parág. 709, pág. 162 y sgtes.

supone el rechazo de la libertad absoluta para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desearla como para rechazarla en forma absoluta y por cualquier medio.

V. Proyectos legislativos frente al vacío legal en la materia.

Si bien en nuestro derecho no se ha dictado todavía una legislación sobre estas cuestiones, con vigencia en todo el territorio, se han sancionado en cambio algunas leyes de carácter provincial que han contemplado parte de la problemática, como lo son por ejemplo: la ley 11028 de la provincia de Bs. As. Sobre “Prácticas médicas de fecundación asistida comprobada en seres humanos” y la ley 11044 de la provincia de Bs. As. Sobre “Aspectos éticos de la investigación en seres humanos”.

En el Congreso Nacional se han presentado varios proyectos de ley destinados a regir, con mayor o menor amplitud diversos aspectos de la fertilización médica asistida, de los cuales expondremos, a modo ejemplificativo, algunos de ellos.

En consecuencia, a falta de una debida regulación jurídica, estas prácticas se realizan cotidianamente en los centros especializados, sin ningún tipo de control estatal, quedando al libre albedrío de cada clínica y generando, en muchos casos, el fallecimiento de muchas mujeres por realizarse en condiciones no aptas.

Lo adecuado sería regular estos procedimientos y sus implicancias, mediante una ley que respete los principios y garantías constitucionales reconocidos e incorporados a nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, a través de los tratados internacionales ratificados.

Mazzinghi, afirma que aún cuando la eficacia de las regulaciones sobre procreación asistida pueda ser objeto de dudas, es saludable que la ley proclame algunos criterios orientadores, proscriba determinadas conductas y condicione otras a fin de adecuarlas a los principios éticos que inciden sobre el tema. Considera que ni el silencio legislativo ni la promulgación de una ley para regular esta actividad resolverán el problema. Pero cree que la norma constitucional que libera las acciones privadas de los hombres de la autoridad de los magistrados (art. 19 C.N.), deja un campo demasiado amplio para iniciativas que es conveniente sujetar a determinadas pautas. Porque recurrir a estos métodos para engendrar una nueva vida está bastante más allá de una “acción privada”, en cuanto implica la institucionalización de un sistema que tiene incidencia en el medio social. Hay otras normas (como las que proscriben el aborto, el juego clandestino, el tráfico de estupefacientes, etc.) que no logran el acatamiento deseado, pero de todos

modos es bueno que el ordenamiento jurídico las mantenga como punto de referencia de la conducta humana que está llamado a regular.⁵⁵

- **Proyecto aprobado por el Senado en julio de 1997:** en este proyecto se autorizan las técnicas de reproducción humana asistida, que podrán ser aplicadas únicamente por los médicos o en los centros habilitados al efecto por la autoridad competente, los que deberán llevar un registro en el que se hagan constar todos los datos de los procedimientos realizados. Únicamente posibilita la utilización de **material genético de la pareja casada, o conviviente de hecho con un mínimo de convivencia de tres años;** es decir, se autoriza sólo la inseminación homóloga y se prohíbe la donación de gametos.

Para que se puedan utilizar estos procedimientos debe tratarse de supuestos de esterilidad o infertilidad no tratable terapéuticamente, existir razonables posibilidades de éxito y no implicar un riesgo grave para la salud del hijo.

La pareja debe ser previamente informada sobre el alcance y los riesgos de la aplicación de la técnica de que se trate, debiendo prestar ambos su consentimiento por escrito; en el caso de los convivientes tiene efectos de reconocimiento de la filiación.

⁵⁵ MAZZINGHI, Jorge A., *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 3° ed. 1998, parág. 714, pág. 181.

El proyecto pena distintos hechos que prohíbe, entre otros, la modificación del patrimonio genético no patológico; la maternidad subrogada; la fecundación post mortem; la experimentación con embriones; la selección del sexo; la clonación; la destrucción de óvulos fecundados in vitro; la fertilización de más óvulos de los que pueden ser implantados a la mujer dentro de un mismo ciclo (3); la transferencia de un óvulo fecundado de una mujer a otra; la venta de óvulos fecundados; la fertilización de un óvulo con semen de un hombre fallecido; etc.⁵⁶

- ***Proyecto de Código Civil de 1998:*** como era de esperar, no incluyó entre sus normas disposiciones que traten integralmente la cuestión. Pero no obstante, a lo largo del articulado del proyecto se encuentran algunas normas que contemplan aspectos puntuales, tratamiento que ha sido calificado por Mazzinghi como de inoportuno por constituir esta temática de la fecundación artificial un proceso complejo que suscita cuestiones morales, jurídicas, civiles y penales, que en nuestro país todavía no han sido legisladas.⁵⁷ De acuerdo al art. 15 “*la existencia de las personas humanas comienza con la concepción*”, lo que se aclara en los fundamentos del proyecto

⁵⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. LA LEY, .T.VI, párrafo 1304, pág. 52.

⁵⁷ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. LA LEY, T.VI, párrafo 1304, pág. 53.

estableciendo que en la norma quedan comprendidas las concepciones extrauterinas, adecuándose la norma no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4, inc. 1°).

El art. 505 establece que *“adolece de nulidad relativa el matrimonio:...La nulidad no puede ser demandada:...III. si la cónyuge ha sido sometida a una técnica de reproducción humana asistida con consentimiento expreso de ambos cónyuges...”*. La norma considera como suficiente el sometimiento a una técnica, no aclarándose si se ha debido llegar hasta el final de los distintos procedimientos que esas técnicas requieren o si basta con iniciar el proceso. Tampoco se exige un resultado, siendo suficiente el hecho de haber sido la mujer sometida a una de las técnicas. Asimismo, no se aclara de qué forma debe ser prestado el consentimiento, por lo que al no haberse requerido una forma determinada, cualquiera es válida; sólo se exige que haya sido expreso. Tampoco se dice si el consentimiento debió ser anterior al inicio del sometimiento a la técnica o resulta suficiente que haya sido prestado en cualquier momento, inclusive posterior.

El art. 543 en su cuarta parte dispone que *“la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal*

práctica lícita o ilícita.”. La segunda parte del art. 563 establece que “no es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito”.

- **Proyecto de Ley de 2008:** a través de este proyecto se pretende la regulación de inseminación terapéutica con semen de donante. Es decir, que se centra en los supuestos de inseminación artificial heteróloga. En su art. 5º establece que *“Esta práctica médica sólo podrá ser llevada a cabo por profesionales médicos de acuerdo a lo dispuesto por la ley 17.132, en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad de aplicación de la presente ley.”* El art. 6º crea *“...el Registro Nacional Único de Bancos de Semen en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación...”* . En cuanto al consentimiento el art. 9º establece que *“Sólo las mujeres mayores de edad y capaces podrán ser receptoras de la técnica regulada por la presente ley, habiendo prestado su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa. Si la mujer estuviera casada se requerirá, previo a la utilización de la técnica, el consentimiento escrito de su marido reuniendo idénticos requisitos de expresión libre, consciente y expresa.”*. Obsérvese que, a diferencia de la omisión producida en el proyecto de reforma del

Código Civil de 1998 en cuanto a las formas en que debe prestarse el consentimiento, en el presente proyecto se deja establecido que debe prestarse por “escrito”, lo que permite acreditar con mayor seguridad el hecho de haber prestado conformidad.

Según el art. 11º *“La mujer receptora en ningún caso podrá seleccionar personalmente al donante. Dicha selección recaerá sobre el equipo médico que aplica la técnica, el cual deberá garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible entre donante y receptor. La identidad del dador revestirá carácter anónimo.”*.

En materia de filiación propiamente dicha los arts. 16, 22, 23 y 24 prevén respectivamente: *“El donante anónimo de semen no podrá en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de las gametas por él donadas.”*, *“ La persona nacida de gametas donadas por terceros será reconocida como hijo de los beneficiarios de la técnica.”*, *“Ni la mujer progenitora ni el marido cuando hayan prestado su consentimiento formal previo y expreso a la aplicación de la inseminación terapéutica con semen de donante podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido.”* y *“Las personas nacidas de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad podrán, solicitar conocer la identidad*

del donante que aportó sus respectivas gametas.” Los fundamentos dados a esta ley para establecer dichas normas sobre la filiación se vinculan con un tema muy arraigado en nuestro sentir como sociedad, y es el derecho a la identidad. Cuando se habla de identidad se habla de mucho más que un derecho, la identidad biológica es un presupuesto del concepto jurídico de persona, en términos jurídicos no se trata de un derecho subjetivo sino de un elemento constitutivo del ser persona. En estos conceptos se basan para otorgar el derecho a toda persona nacida a partir de la utilización de la técnica de inseminación terapéutica con semen de donante a conocer su origen biológico.

VI. Derecho Comparado.

A continuación expondremos, brevemente, la legislación extranjera que regula cuestiones vinculadas a la fecundación humana asistida.⁵⁸

España:

En este país, a través de la ley n° 14/2006 se encuentra permitida la fertilización heteróloga, siendo la donación tanto de gametos como de embriones un contrato gratuito, formal y confidencial concertado por escrito

⁵⁸ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. LA LEY, .T.VI, parág. 1302, pto. b), pág. 37 y sgtes.; y parág. 1316, pág. 83 y sgtes.

entre el donante y el centro autorizado para la aplicación de alguna de las técnicas. La donación es anónima y debe garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico, debiendo procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora. Los hijos nacidos y las receptoras de los gametos y de los embriones tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, la que sólo podrá revelarse en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto grave para la vida o salud del hijo o cuando proceda según las leyes procesales penales. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad podrá ser receptora o usuaria de las técnicas, siempre que preste su **consentimiento escrito** previo y debidamente informada, a su utilización de manera **libre, consciente y expresa**. Es de destacar que pueden acceder a estas prácticas cualquier mujer con independencia de su estado civil y orientación sexual. Pero si la mujer es casada, se requiere el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del marido, prestado antes de la utilización de las técnicas, debe reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. Se podría decir que en la legislación española prima la voluntad reproductiva de la mujer (por supuesto que sí es

casada, también la de su marido) por sobre el interés superior del hijo a una filiación natural.

Gran Bretaña:

A través de la ley inglesa de 1990, se reguló la fertilización asistida heteróloga. Receta la donación tanto de gametos como de embriones. Se requiere además del consentimiento de la receptora o usuaria, el consentimiento del marido o del conviviente para llevar a cabo la procreación asistida. Esto llevó a que en el año 2006 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya rechazado la petición de utilizar embriones crioconservados, hecho por una mujer que tiempo antes había terminado la relación concubinaria con quien había suministrado el semen para la fecundación.

Suecia:

Se han dictado leyes (como la ley 1140 de 1984, luego modificada en 1988 por la ley 711, y en 1991 por la ley 115) que permiten someter a las técnicas de inseminación artificial no sólo a personas casadas, sino también a las parejas convivientes, requiriéndose que sean de ambos sexos, pero no, en cambio a las mujeres solas, priorizando en este caso el interés del hijo. La ley 711 de 1988 prohibió la fecundación in vitro heteróloga. La ley sueca, al ocuparse sólo de las técnicas de inseminación artificial, tiene un contenido más restringido que otras, como es el caso de la ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que es más amplia.

Francia:

La ley 94/654 no permite la aplicación de estas técnicas de reproducción a las mujeres que no se encuentren en edad de procrear, ni tampoco a las mujeres solteras; debe tratarse de una pareja estable (hombre y mujer) y si no están casados, mínimo con dos años de convivencia. Admite la donación gratuita de gametos de terceros, tanto masculinos como femeninos (sólo si se comprueba la imposibilidad de procrear por parte de la pareja), pero no de ambos a la vez. En el art. 311-20 del Código Civil se dispone que “los esposos o concubinos, quienes por procrear, recurran a una asistencia médica asistida y necesiten la intervención de un tercer donante, deben dar previamente, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento ante el juez o escribano público...”, el que tiene como efecto prohibir “toda acción de impugnación de filiación o de reclamación de estado a menos que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia de la asistencia médica o que el consentimiento fue privado de efecto”. A su vez, el art. L.673-2 del Código de la salud pública establece que el donante debe formar parte de una pareja que haya procreado, debiendo el ***consentimiento*** de ambos ser dado por ***escrito***, lo que también debe hacer la pareja receptora, el cual puede ser revocado antes de toda intervención, por uno o ambos miembros de la pareja.

Noruega:

La ley noruega de 1987 permite sólo la donación de gametos masculinos con la finalidad de asegurar así el nexo biológico de la madre con su hijo. Está prohibida la donación de embriones, aunque está permitida su congelación por el término de doce meses, los cuales pueden ser transferidos únicamente a la madre; también pueden ser congelados los gametos masculinos. A diferencia de otras legislaciones, aquí no está permitida la fecundación in vitro heteróloga. Al igual que en la legislación francesa, se requiere que cuando el donante forme parte de una pareja, ésta ya debe haber procreado, debiendo ambos prestar su *consentimiento por escrito* para la donación.

Italia:

La ley italiana de 2004 prohíbe la donación de gametos.

Alemania:

La ley alemana de 1990 sobre protección del embrión, prohíbe la donación de óvulos; no así para la donación de semen que está permitida, pero requiere en cada caso autorización especial.

Suiza:

En la Constitución federal Suiza aprobada por referéndum el 17 de mayo de 1992, se prohíbe la donación de embriones, habiéndose establecido en la modificación introducida en 1999 la prohibición de comerciar con el patrimonio germinal humano.

Estados Unidos:

A pesar de no existir en E.E.U.U. una regulación legal a nivel nacional que se ocupe de esta materia, ya que cada Estado que compone la Nación dicta la legislación de fondo, los documentos que emita la *Sociedad Americana de Fertilidad* tienen una fuerza relevante, que son admitidos de hecho a nivel nacional, como ocurrió por ejemplo con las *Consideraciones éticas de las Técnicas de Fecundación Asistida*, aprobadas por el Comité de Ética de esa sociedad en 1994, donde con fundamento en la no intervención del Estado en la vida privada de los habitantes, así como también en el derecho de reproducción de los usuarios de esas técnicas (que tienen entidad constitucional), se afirmó que con la finalidad de procrear las personas pueden libremente recurrir a las distintas posibilidades que ofrece la ciencia, sea que se trate de la fecundación artificial con semen de donante, como a la inseminación de mujer soltera, la subrogación de vientre, etc.

Brasil:

El Código de Ética Médica de 1965 prohibió la inseminación artificial heteróloga y permitió únicamente la homóloga en el supuesto de que lo consintieran ambos esposos.

Costa Rica:

El Código de Familia admite en su art. 72, tercera parte, la inseminación artificial de la mujer con semen de un tercero, el cual no adquiere ningún derecho ni obligación derivado del carácter de padre.

Roberto Andorno ha investigado la legislación extranjera y ha llegado a la conclusión de que existen dos vertientes legislativas: una que se centra en la aceptación indiscriminada de las diversas variantes técnicas y se desentienden de proteger los intereses de los niños nacidos de ellas; y otra que se centra en la protección de la vida humana embrionaria y en la identidad de los niños generados por las nuevas técnicas de procreación. En el primer grupo ubica, entre otras, a la legislación española, inglesa y francesa; y en el segundo grupo, a la legislación alemana, a la austríaca y a la Constitución Suiza. Según Mazzinghi, el primer grupo de leyes parecen basar su criterio en el supuesto derecho al hijo, mientras que el segundo grupo contempla, a su entender, de un modo más satisfactorio el derecho de los niños a nacer y ser educados en una familia normalmente constituida.⁵⁹

⁵⁹ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *"Derecho de Familia"*, T. IV, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 3° Ed., 1998, parág. 715, pág. 183.

Conclusión

Luego de considerar todos aquellos aspectos vinculados a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, como lo son: los distintos sujetos legitimados y no legitimados para impugnarla; la legislación vigente y las tentativas por modificar y ampliar dicha legitimación pretendiendo plasmar en nuestro ordenamiento jurídico interno, lo que hemos ratificado a través de la firma de Tratados Internacionales que desde la reforma constitucional del año 1994 han adquirido jerarquía constitucional (y por lo tanto sus prescripciones y principios tienen tal validez, que indubitablemente colisionan con la legislación interna, la que debe ser adaptada a ellos); las posiciones encontradas en la doctrina, ya sea admitiendo la posibilidad de ampliar dicha legitimación activa, como aquellos que la rechazan, y también quienes adoptando una postura intermedia o ecléctica, adecuando cada caso a los hechos en concreto; los precedentes jurisprudenciales que van resolviendo los casos concretos que se le plantean a la luz de los principios constitucionales, aunque aún no se encuentren plasmados en las normas internas; los valores que se ponen en juego a la hora de adoptar una u otra posición, tales como el derecho a la identidad personal, el interés superior del niño o la paz y la seguridad familiar, son todos y cada uno de ellos tan importantes el uno como el otro, lo que impide que exista uniformidad de criterio y, en consecuencia, en las distintas situaciones no se privilegie siempre el mismo valor, por lo que es

indiscutible que se encuentren siempre en pugna al momento de definir la amplitud o no de dicha legitimación; y sin olvidar que los avances ocurridos en los últimos tiempos, en la medicina y en la ciencia respecto a la procreación humana asistida, y particularmente la técnica de inseminación artificial heteróloga, hacen reflexionar aun más sobre la posibilidad de producirse una modificación en la actual regulación sobre la falta de legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial por determinados sujetos.

Creemos que si bien nuestra ilustrada doctrina y jurisprudencia han iniciado un camino en el análisis de esta cuestión, evolucionando hacia la ampliación de dicha legitimación, y generando de este modo una actividad legislativa que demuestra su intención de adecuar la realidad social, biológica, moral, cultural y jurídica que impera en la actualidad frente a un derecho vetusto que se resiste a aceptar las nuevas perspectivas jurídicas, en aras de buscar el respeto a la igualdad en el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial teniendo como directrices fundamentales el derecho a la identidad, a la realidad biológica y, por sobre todo el “interés superior del niño”.

A nuestro entender es ese Interés superior del Niño el valor que debe primar siempre, ya que es el sujeto más indefenso pero el más importante de todas las relaciones jurídicas a las que hemos hecho referencia. Es así que proponemos modificar la legislación vigente

en materia de legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial, como también proponer una regulación jurídica en materia de técnicas de reproducción humana asistida, como anteriormente dijimos, particularmente en los casos de prácticas de fertilización heteróloga, ya que como consecuencia de la falta de la misma existe un vacío legal que genera situaciones injustas al tenerse que aplicar institutos generales del Derecho de Familia. Coincidimos con el proyecto de ley presentado en el Congreso Nacional en el año 2008 en que es imperiosamente necesario se dicte una ley que regule estas prácticas que se vinculan con un tema muy arraigado en nuestra sociedad, y es ese derecho a la identidad personal, siempre sin perder de vista el eje central que es el interés superior del niño. Cuando se habla de identidad se habla de mucho más que un derecho. Esa identidad biológica es un presupuesto del concepto jurídico de persona y en términos jurídicos no es sólo derecho subjetivo sino de un elemento constitutivo del ser persona. Basándonos en los conceptos antes descritos y en el Interés superior del Niño es que creemos que es necesario legislar en esta materia a fin de otorgar el derecho a toda persona nacida a partir de la utilización de la técnica de inseminación terapéutica con semen de donante a conocer su origen biológico.

En síntesis, proponemos como un nuevo artículo 259 del C.C., al siguiente:

“La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, por el hijo, por la madre y por quien se atribuya la calidad de padre biológico.

El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

La acción de la madre, del marido y del pretense padre biológico caduca si transcurre dos años desde la inscripción del nacimiento, salvo, que estos dos últimos, prueben que no tuvieron conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supieron.

La madre que pruebe que fue irresistiblemente forzada a inscribir al hijo falseando la paternidad, el plazo de caducidad se contará desde el momento en que cesaron las circunstancias determinantes del falseamiento.

En caso de fallecimiento del marido, de la madre o del supuesto padre biológico, sus herederos podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En estos casos, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida de los legitimados”

En el supuesto de las técnicas de reproducción humana asistida, entendemos que la regulación específica de las mismas debería tener, entre otras, las siguientes directrices:

- Regular todas las clases de reproducción humana asistida: homólogas y heterólogas.
- Limitar el número de muestras que puede donarse, a dos. Esta limitación se fundamenta en la necesidad de evitar riesgos de aumento de consanguinidad de la población.
- Contemplar un pleno consentimiento informado, tanto para donantes como para receptores.
- En cuanto a la filiación, la persona nacida por medio de técnicas que impliquen la utilización de material genético ajeno a la pareja, debe ser reconocido como hijo de los beneficiarios de la técnica.
- Inexistencia de la acción de impugnación de la filiación matrimonial del hijo por la mujer y el marido, siempre y cuando hayan prestado su consentimiento formal y expreso a esta técnica.
- El donante de material genético no podrá en ningún caso reclamar derechos filiatorios respecto de la persona nacida del material por él donado.
- El hijo nacido mediante inseminación artificial heteróloga una vez llegado a la mayoría de edad, podrá petitionar judicialmente conocer la identidad del donante. La finalidad perseguida es privilegiar el interés superior del niño, y en consecuencia, su derecho a conocer su origen biológico.

Bibliografía Consultada:

- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, T. I, XX Edic., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1984.
- KRASNOW, Adriana Noemí, FILIACION: Determinación de la Maternidad y Paternidad – Acciones de Filiación – Procreación Asistida, Ed. LA LEY, 1° ED. 2005.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de Derecho de Familia, 4° ed., cit., t 4.
- MENDEZ COSTA, María Josefa, FERRER, Francisco A.M., MEDINA, Graciela, “Código Civil Comentado” Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía. Derecho de Familia, Ed. RUBINZAL-CULZONI, 2007.
- PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, 1° ed., Lexis Nexis, cit., t II.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, 1° ed., LA LEY, t. V y VI.
- ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, t. 2, 5° ed., Ed. Astrea.
- ALVAREZ, Mariana, La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, Universidad Nacional del Centro. Cartapacio de Derecho.
- BAQUERO VEGA, Irma Carolina y CRUZ GONZALEZ, Cristian Mauricio, La Filiación a la luz del derecho colombiano, chileno, argentino, venezolano y peruano.
- BIDART CAMPOS, Germán J., La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?, Ed. LA LEY, 2000-B, 22.

- FAMA, María Victoria, La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho humano, Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 2009-05-19, “B.M.N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para personal del Congreso de la Nación”, Ed. LA LEY, 2009-D,78.
- FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina, Un fallo que declara la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad, Fallo comentado: Cámara de Familia de 1º Nominación de Córdoba – 2002/10/23- “T.D., J.E. c. R.D.Q.”, Ed. LA LEY, 2003-C, 299-LLC, 2003-649.
- GUTIERREZ, Delia, Los tratados sobre Derechos Humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 11, Abeledo Perrot, 1997.
- KRASNOW, Adriana Noemí, Pruebas biológicas y filiación, Ed. UNR, Rosario, 1996.
- KRASNOW, Adriana N., La verdad biológica y la voluntad procreacional, LA LEY, 2003-F, 1150.
- KRASNOW, Adriana N., El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo, Fallo Comentado: Corte Europea de Derechos Humanos, 2006/07/13, “M.A.J. c. Suiza”, Ed. LA LEY, 2007-A, 444.
- KRASNOW, Adriana N., La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional, Ed. LA LEY, 09/03/2006, LLBsAs.
- KRASNOW, Adriana N., El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida, Ed. LA LEY, 20/11/2007,-LLBsAs.

- KRASNOW, Adriana N., Procreación Humana Asistida. Crear una vida para salvar otra vida, Fallo Comentado: Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata – 2008/12/29 – “N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra”, LLBA, 2009, 251.
- KRASNOW, Adriana N., Legitimación activa del presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial. Una cuestión constitucional., Fallo comentado: Juzgado de la Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 de Paraná, 2003/09/15, “Z., H.M. c. C.J.R. y otros”, Ed. LA LEY, LLLitoral 12/03/2004, 138.
- KRASNOW, Adriana N., La búsqueda de la verdad real: ¿Debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?, Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes – 2007/07/05- “M., N.L., G.A. y M.R.E. c. M.,R.U.”, Ed. LA LEY, LLLitoral, 01/2007, 834.
- KRASNOW, Adriana N., EL DERECHO DE LA FAMILIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL. LOS APORTES DEL PROF. GERMAN J. BIDART CAMPOS DESDE SU DISCIPLINA DE PERTENENCIA, www.centrodefilosofia.org.ar/ Investigación y Docencia N°40.
- LEHMANN, Rodrigo B., El nuevo Estatuto de Filiación en el Código Chileno, Lus et Praxis – 2000.
- MOISÁ, Benjamín y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ¿Impugnación de reconocimiento o impugnación de paternidad? Un curioso caso de inconstitucionalidad, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/impugnacion-de-reconocimiento-o-impugnacion-de.
- SOLARI, Néstor E., El plazo de caducidad del marido para impugnar la paternidad matrimonial, Fallo comentado: Cámara de

Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala I, 2006-06-06, “M.V.D. c. Q.M.E.”, LLPatagonia, 10/04/2007, 867.

- SOLARI, Nestor E., “La intimidad familiar y la realidad biológica”, Fallo comentado: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I, “L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C.”, publicado en LA LEY Gran Cuyo, 2005, 662.-
- SOLARI, Néstor E., “Sobre la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil”, Fallo comentado: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de Río Gallegos – 2009-03-12- “F., V.H. c. M.C.A.y A.C.B.”, Ed. LA LEY 22/04/2009, 11-LLPatagonia 01/01/2009, 835.
- III ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO 2006: “El reconocimiento de los hijos y la filiación en Cuba” Autores: Lic. Yuneisy Pérez Ricardo - Lic. Frank Emiliano Bruzón - Jueces, Tribunal Provincial Popular Holguín, Cuba, www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/9.%20Conferencias%20Derecho%20de%20Familia/Dra.%20Nelly%20Minyersky.%20Argentina/Bio%20C3%A9tica%20y%20Derecho%20de%20Familia.doc.
- II CONGRESO INTERNACIONAL DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL SIGLO XXI, “El poder y el derecho a la verdad biológica”, Buenos Aires, 25,26 y 27 de abril de 2001, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires . PONENCIAS . Ponencia N° 10 EL PODER Y EL DERECHO A LA VERDAD BIOLÓGICA, Eje temático propuesto: LA PROBLEMÁTICA DE LA PERSONA, Dra. GISELA GUILLERMINA ZENERE y Dr. EDUARDO ARIEL BELFORTE, www.anupa.com.ar/articulos/page11.html.

- “Procreacion Humana Asistida y Derecho a la Identidad”; www.calp.org.ar/nfo/producciones/Procreacion.pdf.
- PROYECTO DE LEY, Sumario CODIGO CIVIL, IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO, SUSTITUCION DEL ARTICULO 259; Firmante: LLANOS, EDITH OLGA; N° de Expediente 23202-D-2008; Trámite Parlamentario 044 (14/05/2008),
www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2302-D-2008.
- Proyecto de Ley, SUMARIO: MODIFICACION DEL ARTICULO 259 DEL CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, SOBRE ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO, Firmante: Juan Mario PAIS, N° Expte. 3529-D-2010, Trámite Parlamentario 061 (21/05/2010), www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3529-D-2010.
- Proyecto de Ley de Regulación de Inseminación Terapéutica con Semen de Donante, SUMARIO: OBJETO, FINALIDAD, INFORMACION Y ASESORAMIENTO, CENTROS O SERVICIOS SANITARIOS, CREACION DEL REGISTRO NACIONAL UNICO DE BANCOS DE SEMEN, CONFIDENCIALIDAD, RECEPTORAS, UTILIZACION DE LAS MUESTRAS, IDENTIDAD Y FILIACION, INFRACCIONES; Firmantes: BIANCO, LIA FABIOLA - ITURRIETA, MIGUEL ANGEL - LLERA, TIMOTEO; N° de Expediente: 2977-D-2008; Trámite Parlamentario 061 (06/06/2008); www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2977-D-2008.

- PROYECTO DE LEY DE REPRODUCCION Y PROCREACION HUMANA ASISTIDA, www.samer.org.ar/proyecto_ley.php.

INDICE

Introducción.....	3
Capítulo I.....	5
I.Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Clases. Sistemas.....	5
II. Legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil Argentino en su redacción originaria..	9
III.Legitimación activa conforme la Ley 23264.....	11
IV.Falta de legitimación activa de otros sujetos.....	15
a) Madre.....	15
b) Padre biológico.....	21
c) Herederos del hijo.....	29
V.Impugnación de la paternidad matrimonial en los casos de inseminación artificial. Remisión.....	31
Capítulo II.....	36
I. Impugnación de la paternidad matrimonial: Falta de legitimación activa del padre biológico. Valores en pugna.....	36
1) Interés superior del niño.....	36
2) Identidad Personal.....	39
3) Protección a la Institución Familiar.....	44
4) Revalorización de la Posesión de Estado.....	45
II. Artículo 259 del Código Civil: análisis de su constitucionalidad a la luz de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.....	48
III. Proyectos de reforma legislativa al artículo 259 del Código Civil.....	51
a) Proyecto de Ley N° Expte. 2302-D-2008. Tramite Parlamentario 14/05/2008. Firmante: Edith Olga LLANOS.....	51
b) Proyecto de Ley N° Expte. 3529-D-2010, Trámite Parlamentario 21/05/2010, Firmante: Juan Mario PAIS.....	54
IV. Jurisprudencia. (casos).....	57
a) “D.P.V., A. c.O., C.H.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/11/1999.....	57
b) “L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C.”, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sala I, 12/05/2005.....	62

c) “D.M., E.R.L. v./V., R.E. s/Impugnación de filiación matrimonial”, Cámara 2º de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/12/2007.....	67
d) “Z., H. M. c. C., J.R. y otros”, Juzgado de la Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 4 de Paraná, 15/09/2003.....	75
e) “F., V.H. c. M. C. A. y A.C.B.”, Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río de Gallegos, publicado en LA LEY el 22/04/2009.....	79
f) “M., R.S. c. S..S., G. y otro”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 10/02/2010.....	80
g) “M., V.D. c. Q., M. E.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, 06/06/2006.....	81
h) “T.D., J.E. c. R.D.Q.”, Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba, 23/10/2002.....	83
V. Derecho Comparado.....	86
 Capítulo III.....	95
I.Fecundación asistida. Cuestiones Jurídicas.....	95
II.Técnicas de reproducción humana artificial.....	98
III.Determinación de la paternidad matrimonial. Impugnación de la paternidad del marido.....	103
IV.Disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional.....	115
V.Proyectos legislativos frente al vacío legal en la materia.....	119
VI.Derecho Comparado.....	126
 Conclusión.....	133
 Bibliografía Consultada.....	138
 Indice.....	144