

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 28 de mayo de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, de Lázzari, Hitters, Genoud, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 84.417, "L. , J. A. contra J. , P. V. y L. , V.B. . Impugnación de paternidad".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia N° 1 del Departamento Judicial de La Plata hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa planteada por la tutora **ad litem** de la menor, y declaró extemporáneo por tardío el planteo de inconstitucionalidad incoado por el actor respecto del art. 259 del Código Civil.

Se interpusieron, por este último y la señora Asesora de Incapaces, recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 98/113?

En su caso:

2ª) ¿Lo es el de fs. 115/126?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. El Tribunal de Familia N° 1 de La Plata, en lo principal, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación planteada por la tutora **ad litem** de la menor frente a la impugnación de paternidad matrimonial y reclamación de estado promovida por J. A.L. . Asimismo, declaró extemporáneo -por tardío- el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil deducido por este último (v. fs. 79/82 vta.).

II. Contra esa decisión, el actor dedujo el presente recurso en el que denuncia la violación de los arts. 3 incs. 1, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849; 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional y 29 del Pacto de San José de Costa Rica (v. fs. 98/113).

Fundamentalmente aduce que:

a) Ha existido exceso ritual manifiesto. Alega "... abuso de las formas en desmedro de la verdad sustancial que devendría inexorablemente en la

determinación de la verdad biológica como protección de los supremos intereses en juego de la menor y que tienen fuerte raigambre constitucional a partir de la aprobación de tratados internacionales tales como la Convención sobre los Derechos del Niño..." (fs. 104);

b) se ha incurrido en la violación del derecho de identidad de M. B.J. , privándola del derecho a mantener la relación paterno filial que le corresponde, obligándola a crecer al amparo de vínculos "falsos" y vivir en una permanente mentira que no puede protegerse a costa de su propio perjuicio (fs. 104 vta., 108);

c) se ha violado el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional (fs. 108/109);

d) se ha caído en rigorismo formal en la decisión al considerar extemporáneo el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil. El recurrente sostiene que este pedido recién tuvo razón de ser a partir del momento en que el tutor **ad litem** cuestionó la procedencia de la legitimación, incluso destaca el diferente criterio del tribunal -en este caso flexible- al admitir extemporáneamente la excepción de falta de legitimación (fs. 109).

Finalmente desarrolla los motivos por los cuales estima que debe declararse la inconstitucionalidad

de la norma referida.

III. El recurso prospera.

1. Han pasado muchos años desde mi voto en minoría en Ac. 34.829, sent. del 1-VII-1986, en el que defendí la doctrina de que la inconstitucionalidad de una ley podía y debía dictarse más allá de una petición expresa de las partes.

Decía entonces que la congruencia constitucional se plantea al juez como un problema de verificación previa: aunque nadie lo hubiese propuesto, el juez no podría jamás fundar su sentencia en una legalidad objetivamente descalificada.

Con el tiempo, la integración del Tribunal se fue modificando y esta circunstancia, unida a la de fallos relativamente recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han llevado a que el primitivo rechazo a aquel viejo criterio, haya quedado atenuado y aún sustituido.

En lo personal, sigo sosteniendo lo de entonces: *la interpretación y aplicación de las leyes debe ser sistémica, revelarse como congruencia.*

Y en esas condiciones, la cuestión constitucional no puede ser soslayada con el argumento de su introducción tardía.

En autos lo ha sido. El tema, en

consecuencia, tiene que ser abordado ahora, en orden al recurso extraordinario deducido (arg. art. 289, C.P.C.C.).

2. Habilitada la instancia, debo decir sin embargo que la delicada decisión sobre la constitucionalidad del art. 259 del Código Civil puede en autos resolverse en sentido favorable a la validez del texto cuestionado, *en la medida en que su lectura se desprenda de una exégesis meramente lineal.*

(La inconstitucionalidad es una **ultima ratio** y si una interpretación razonable de la norma conduce a advertir que su congruencia constitucional es aún sustentable, un elemental principio de subsistencia del orden legal indica que ésta debe ser la solución preferible).

Y en términos de hacerlo así, advierto que no existe razón valedera para entender que la enumeración que el cuestionado art. 259 del Código Civil contiene sea limitativa (conf. mi voto en Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993).

Si la ley hubiese querido restringir las posibilidades de accionar hubiese recurrido a alguna construcción gramatical que así lo significara. De ese modo lo hacía, por ejemplo, el art. 256 del Código Civil.

Pero del sólo hecho de haber enumerado a dos legitimados no puede inferirse la exclusión de un tercero.

Lo único que puede inferirse es que la cuestión tiene que ser abordada a la luz del criterio que dimana del sistema general del derecho y de los derechos personales en juego.

(El tema me trae a la memoria una aguda acotación de F. Laurent cuando en su clásica obra *Principios de Derecho Civil* argüía casi aforísticamente: "*el silencio del legislador nada prueba... porque el silencio no habla... calla*" -T. I, pág. 397 de la segunda edición de Puebla, 1912-).

Para identificar el alcance de esa ausencia de definición en orden a otros posibles legitimados debe tenerse en cuenta especialmente que cualquier regla que limite las posibilidades de accionar daña un derecho fundamental, como es el de ocurrir ante un tribunal de justicia.

(Más todavía en este caso en el que se trata de identificar un vínculo filial).

Y que todas las disposiciones de derecho constitucional y civil que se consagran relativas a la filiación están destinadas a reconocer el valor radical de su significado, en la historia y en la identidad de la persona humana (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 75 inc. 22 de la Constitución nacional;

240, 247 del Cód. Civil).

Por lo que la posibilidad del ejercicio de una acción que se presenta como necesariamente previa a su determinación (arts. 250 **in fine** y 252, C.C.) no puede ser negada sobre la única base de un mero silencio legislativo sin incurrir en una grave reducción lingüística: aislar a un texto de su contexto.

El derecho a accionar del recurrente debe serle reconocido.

3. Un ámbito de diálogo tan decisivo como el de la comunidad familiar sólo puede defenderse sino con la verdad; o con el debate de la verdad, si esta última resulta, como en la especie, controvertida.

En esas condiciones la acción promovida lo ha sido dentro de las posibilidades implícitas del art. 259 del Código Civil.

El recurso debe prosperar.

El juicio se devuelve a la instancia de grado, a fin de que se resuelvan, con toda amplitud y en la secuencia del respectivo procedimiento, las diversas cuestiones debatidas.

En ese sentido se requiere al órgano interviniente que, en consideración a lo que surge del informe psicológico obrante a fs. 202/203 vta. como así también de la presentación efectuada a fs. 214/215 por la

Asesora de Incapaces, adopte las medidas que se estimen pertinentes en salvaguarda de los derechos de M. B. J. (arts. 11, Const. Prov. 75 inc. 22, Const. nac.; 3, Convención sobre los Derechos del Niño).

IV. En consecuencia, si mi propuesta es compartida, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado, con costas (conf. arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. Como lo dictamina el señor Subprocurador General, el recurso no puede prosperar.

En efecto, cabe destacar que por una cuestión de orden metodológico he de abordar primeramente el tópico vinculado con la oportunidad en que se solicitó la inconstitucionalidad, y que el tribunal de familia declarara extemporánea.

Al respecto en la causa L. 67.598 (sent. del 2-X-2002), tuve ocasión de expedirme en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la posibilidad excepcional de tratar la cuestión constitucional pese a no haber sido introducida oportunamente. En efecto, con fecha 28 de abril de 1998, en "Ricci Oscar c/Autolatina Argentina S.A. y otro s/accidente, ley 9688" (publicado en

ED, t. 179, p. 322 y sigtes.) expresó: "Si bien es cierto que, en principio, la cuestión federal debe formularse en la primera oportunidad procesal, de modo de habilitar el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, no lo es menos que atendiendo a la índole de los derechos en juego -la integridad psicofísica del trabajador- y a las particularidades del **sub lite**, el rigor de los razonamientos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar el fin esencial de las normas indemnizatorias, por lo que puede admitirse excepcionalmente la introducción del caso federal en la oportunidad de expresar agravios, máxime cuando la cuestión constitucional alegada ha sido definida por el Tribunal en el sentido planteado por el recurrente. De lo contrario, la estricta aplicación de la regla antes citada podría frustrar el acceso del justiciable que procura el resguardo de las garantías constitucionales cuya interpretación le ha sido confiada a esta Corte por la Ley Fundamental".

Las circunstancias del caso en juzgamiento -derecho a la identidad, defensa en juicio- permiten la aplicación de la doctrina aludida.

El marco excepcional reconocido por el alto Tribunal de la Nación está circunscripto a una invocación que tuvo lugar al tiempo de la expresión de agravios y, en nuestro caso, al tiempo de contestar la

excepción de falta de legitimación; pero la semejanza de ambos supuestos surge a partir de la índole de los derechos en juego: la integridad psicofísica, la identidad y acceso a la justicia. Para evitar la frustración de los mismos es que se justifica la posibilidad excepcional de tratar la cuestión constitucional, pese a no haber sido introducido oportunamente.

Asimismo, no puede soslayarse que el más Alto Tribunal de la Nación ha posibilitado el control de constitucionalidad de oficio en determinadas circunstancias (conf. "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Pcia. de Corrientes", 27-IX-2001, LL, 2001-F, p. 886 y sigtes. y LL, 2002-A, p. 30 y sigtes. y "Banco Comercial de Finanzas", 19-VIII-2004, Fallos 327:3117). Ello complementa los desarrollos anteriores y concluye por legitimar la solución que se preconiza.

2. En consecuencia, si lo hasta aquí dicho es compartido, queda habilitada esta Corte para considerar el planteo de inconstitucionalidad deducido. Con mayor razón aún a la vista del reciente fallo "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios del 27-XI-2012,, C.S.J.N., R. 401.XLIII".

3.a. En cuanto a quiénes están legitimados para ejercer la acción de impugnación de paternidad, cabe recordar que esta Corte, en una situación similar (causa

Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993), sostuvo por mayoría que el pretendido progenitor carece de legitimación para ejercer la acción petitoria del reconocimiento de su paternidad respecto de un hijo matrimonial, pues para ello debe (como condición legal: art. 252, Cód. Civ.) iniciar previamente la impugnación del art. 259, para lo cual no está legitimado. En posición minoritaria, el doctor Negri estima que la mención de los legitimados activos para impugnar la paternidad que formula el art. 259 -el marido y el hijo- no puede considerarse taxativa (ver su voto en la causa antes citada).

b. Esta diversidad de criterios se reitera en la Corte nacional en la causa "D. de P. V., A. c/ O. C. H. s/ Impugnación de paternidad" (ED, t. 185, p. 451), aunque con connotaciones propias (en esa ocasión, la legitimada excluida era la madre).

c. Tampoco existe opinión unánime en doctrina: para los partidarios de limitar la acción impugnatoria, el matrimonio es una institución básica para el desarrollo estable de las relaciones familiares y sociales en donde hay un interés social en conservar. Dentro de este ámbito, otorgar legitimación al progenitor implicaría una intromisión en la vida familiar y controvertiría el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño (conf. Mazzinghi, "Derecho de la mujer a impugnar

la paternidad del marido: un fallo elogiabile de la Corte", ED, 185-451; Méndez Costa, Josefa, "La filiación después de la reforma constitucional", diario del 15 de noviembre de 1995, LL, en especial págs. 76/77 y "De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial", ED, 177, p. 71). En cambio, quienes participan de la opinión contraria, posibilitando la acción de impugnación de la paternidad en supuestos como el que nos ocupa, se valen de la inconveniencia de preservar una familia que no puede asentarse en la verdadera realidad biológica (Bidart Campos, Germán, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", LL, 2000-B, p. 22; Gil Domínguez, Andrés, "¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el art. 259 del Código Civil y fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión", LL, 2000-B, p. 26; Famá, María Victoria, "La filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal", Abeledo Perrot, 2009, capítulo IX, p. 429 y sigtes.).

En un renovado análisis de la materia, a partir de la diferencia ontológica existente entre padre y progenitor, en vista de que aquél contiene una carga sociocultural y jurídica de la que carece este último, otros autores explicitan los parámetros interpretativos del art. 259 del Código Civil de distinto modo (conf. en

especial Mizrahi, Mauricio Luis y sus citas, "Legitimación para impugnar la paternidad matrimonial", en Rev. Derecho de Familia, Filiación, N. 36, LexisNexis, p. 120 y sigtes; conf. también la exposición comparativa de la legislación europea expuesta por Nuria Magaldi, en cuanto a la manera de entender la determinación de la filiación, la que por un lado se cataloga como biologicista y por el otro otorga prevalencia o a las formas o a los vínculos afectivos frente a los biológicos, y en lo que, por lo tanto, prima el elemento voluntarista de aceptación de la asunción de la filiación, en "Derecho a saber, filiación biológica y Administración Pública", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 30).

d. Lo cierto es que en autos, el recurrente ha tachado de inconstitucional el texto normativo preindicado -fs. 109- aduciendo que colisiona tanto con preceptos de la Carta Magna (art. 18) como de los Tratados supranacionales que se citan (en especial la Convención de los Derechos del Niño).

El planteo articulado, especialmente por el tenor de la solución que he de propiciar, requiere una necesaria precisión vinculada con el alcance del pronunciamiento y el específico rol jurisdiccional al que se nos ha convocado. Estimo impropio que esta sentencia pueda llegar a predicar en abstracto la constitucionalidad o la

inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil en orden a la legitimación -o falta de ella- del presunto progenitor para promover la impugnación. Pronunciarse en esas condiciones equivaldría a considerar los textos legales como meras formas lineales, de cuya gramatical interpretación se desprendiese en forma inmediata su sentido.

Las cosas no son tan simples. La interpretación de la ley no se reduce a investigar el significado de las palabras de la norma, en el entendimiento de que su concepto estaría inexorablemente predeterminado en ella. La premisa de que todos los supuestos de la vida están contemplados anticipadamente por el orden jurídico es ilusoria. Numerosas normas del ordenamiento exhiben contradicciones o antinomias; se presentan situaciones con múltiple regulación o que trasuntan notoria ambigüedad y también existen lagunas. La incompletitud es rasgo inevitable del sistema. Entonces, en determinados supuestos, es lícita la actividad interpretativa judicial, que más que encontrar el sentido de los textos, procede a atribuirles por sí un sentido, mas no cualquiera arbitrariamente sino precisamente el que corresponde a la situación jurídica involucrada de consuno con los criterios plasmados constitucionalmente, los principios generales y la ponderación de los valores en

juego. En ese quehacer se encuadra la inevitable necesidad de realizar distingos, establecer categorías, formular limitaciones o reparos, sobre la base de un meticuloso examen que permita formar exacto juicio.

Resultan esclarecedoras, en este sentido, las agudas reflexiones de Ciuro Caldani ("El juez en el cambio histórico", LL, 2001-E, pág. 1297 y sigtes.), quien al describir la tarea judicial de la nueva era destaca las grandes transformaciones a las que asistimos, en donde el sistema exige una intervención útil de los jueces que supere las limitadas posibilidades de los legisladores para hacerse cargo de las complejidades actuales. En su función interpretativa del plexo normativo corresponde al juez lograr que la voluntad del legislador, que éste concretó pensando en ciertos medios, pueda a veces expresarse en la plenitud de sus fines. Al juez le incumbe la tarea de resolver la relación a veces tensa entre normas y principios porque es el encargado de desarrollar el espíritu de la ley en el nuevo tiempo, determinando las normatividades poco claras o incompletas, integrando las lagunas que inevitablemente se presentan e incorporando en plenitud la dimensión dikeológica.

El largo discurso precedente se endereza a anticipar que ninguna conclusión seria podrá obtenerse de la mera y aislada compulsión del art. 259 del Código Civil a

la luz de los textos superiores, si no se produce previamente un examen pormenorizado que permita detenerse en las específicas particularidades que trasunta la **litis**. Lo que en verdad interesa es **si en el caso concreto** -esto es, en el universo del **factum** traído a decisión, una vez alojado en la categoría, supuesto o casillero que legalmente lo contempla, para lo cual hay que ponderar todas y cada una de sus facetas- la denegación de acción impugnatoria al sujeto interviniente en autos **produce o no aquella colisión con las normas superiores**.

Con otras palabras, existen en mi opinión plataformas fácticas alojadas en la órbita del art. 259 del Código Civil que resisten adecuadamente el examen de constitucionalidad y, paralelamente, no podrán descartarse otras situaciones con igual emplazamiento normativo, que por sus particularidades de hecho puedan conducir a un resultado opuesto.

e. Frente a la diversidad de intereses en juego -el del marido, de la madre, hijo y presunto progenitor-, es dable destacar que las circunstancias que derivan de las relaciones familiares presentan caracteres especiales por los vínculos que se crean a través de la convivencia y el tiempo transcurrido.

Las dos primeras posiciones expuestas en los apartados precedentes no agotan el tema, ni dan respuesta a

situaciones que en la vida real suceden y que es necesario valorar: cuando la unión entre los cónyuges ha cesado y el estado de hijo matrimonial no concuerda con dicha posesión de estado, la acción que ejerza el presunto progenitor no constituye una intromisión en la vida familiar, pues esta última en los hechos no existe. En cambio, cuando el emplazamiento del hijo matrimonial refleja la continuidad de una relación familiar -enclavada en ambos esposos, en donde el marido cumple el rol paterno- otorgar al presunto progenitor la legitimación, bajo la sola razón de asentarse en la verdadera realidad biológica, contraría el interés de cada uno de los integrantes del grupo familiar que, individualmente, tienen derecho al respeto de la vida privada y familiar (conf. arts. 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Como señala el autor antes citado -doctor Mizrahi- padre no es el progenitor biológico, sino aquél que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares; y es precisamente asumiendo esa ley sociológica que el padre es el promotor de los vínculos donde rige el afecto, permitiendo el equilibrado crecimiento del hijo; el promotor que habilita el acceso de éste a la cultura y da cauce a su normalidad psíquica. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural, y se

asienta en razones de profunda comunicación intelectual y oral, de continuidad personal y de responsabilidad asistencial. Producida, por ende, una clara disociación entre una y otra figura, hace a la salud psíquica y emocional del hijo que la ley privilegie la función parental, en tanto ésta se encuentre suficientemente consolidada.

Es a tenor de los referidos lineamientos como debe interpretarse la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando este instrumento internacional hace referencia a los "padres", a las "relaciones familiares" y a la "identidad" (arts. 7, 8, 9), no necesariamente apunta al progenitor del niño, o a los vínculos emergentes de la sangre, o a la pura identidad estática. Incluye también a la función paterna que pudo haber desplegado otro sujeto aunque no haya sido el responsable de haber engendrado; a relaciones no nacidas de la naturaleza; y en fin, a la **identidad dinámica** conformada por los lazos sociales. Con el mismo sentido cabe realizar la exégesis de la ley del niño 26.061, que conforme a sus normas exige respetar el "centro de vida" del hijo (arts. 3 inc. f) y su "identidad" (art. 11); (ob. cit., p. 126).

Es por ello que comparto la posición originaria de Cecilia Grosman, quien distinguiera lo siguiente: "si el menor goza de la posesión de estado con

respecto a su verdadero padre, creemos que correspondería otorgarle la legitimación, para el esclarecimiento de la verdadera paternidad. Si por el contrario, el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, elemento este que además de construir la presunción legal del nexo biológico, en la generalidad de los casos revela que la familia continúa la convivencia, creemos 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" (ver "Acción de impugnación de la paternidad del marido", editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 208).

Es que como bien señala Aída Kemelmajer de Carlucci es necesario diferenciar el derecho a establecer lazos filiatorios al de conocer el origen biológico, pues como aclara Melaurie -citado por esta autora- 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 verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la

maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo; "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odièvre c/ France'").

Huelga agregar que la distinción propuesta resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación. Incluso, frente a los reparos de una interpretación flexible. Comparto las reflexiones de la jurista mendocina antes citada, quien en un tema de adopción señalara: "a diferencia de otras figuras jurídicas cuyo norte es la seguridad (hablo por ejemplo de los plazos de prescripción extintiva, de la caducidad sustancial y procesal, de la cosa juzgada y de tantas otras), la adopción tiene justificación y fundamentos en los valores de Justicia, Solidaridad, Paz Social. Siendo así, entiendo que el **interés abstracto del legislador debe ceder** excepcionalmente, ante el **interés concreto** que se presenta ante los ojos del juzgador. Si bien en abstracto se trata de un tema de elección de medios, en concreto, el conflicto es de valores: el rechazo de la adopción puede, en el caso, dejar a un niño marginado o, como mínimo, con graves o intolerables perturbaciones. El juez no puede cerrar los ojos a esa realidad cuando la Convención Internacional del Niño, que él, como funcionario público está obligado a

respetar, le manda lo contrario. Recuérdese: **bene judicat quid bene distinguit**; por eso, si el fin tenido en miras por el legislador no se da en el supuesto bajo juzgamiento, el juez debe distinguir y considerar que la prohibición no rige el caso, y si la norma no permite distinguir, entonces debe declararla inconstitucional si viola un valor implícito en el ordenamiento superior del Estado" ("De los llamados requisitos 'rígidos' de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina", JA, 1988-III, p. 982).

Esta reflexión tiene plena vigencia en el tema en análisis, pues en definitiva toma como punto de contacto la mirada sobre la realidad, la que no puede ser ignorada frente a la existencia de lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos.

f. El recurrente se agravia de la falta de legitimación del progenitor en el ordenamiento interno para reclamar la filiación por ser contraria al ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho de identidad (arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), el interés del menor (art. 3 de la referida Convención), así como de ocurrir ante un órgano judicial (art. 18 de la Constitución nacional). Incluso recalca que el esclarecimiento de una verdad jurídica objetiva referida a la identidad del menor

no puede resultar turbada por un exceso ritual manifiesto en la aplicación mecánica de normas procesales, pues ello resultaría lesivo al adecuado servicio de justicia garantizado en el art. 18 de la Constitución nacional (ver fs. 103 vta., 104 vta.).

Sobre estos cuestionamientos, cabe señalar que un distinto tratamiento en las normas sobre filiación es posible, siempre que procure un equilibrio entre el interés general y los intereses de la persona individual.

No desconocemos que la finalidad de alcanzar la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de la filiación ha sido uno de los principales motivos de la reforma implementada en la ley 23.264. Incluso que la legitimación tiene relaciones estrechas con el derecho material y con proyecciones de índole constitucional. Sin embargo, existe cierto margen para que los Estados regulen esta materia, donde es factible la ponderación de determinados valores -el estado de familia consolidado en función del interés superior del niño- que justifiquen el cercenamiento de esta investigación (ver letras d y e). Sobre la base de este presupuesto, el exceso ritual manifiesto, en nuestro caso, es un instituto inaplicable, porque con él se exige a los jueces comprobar las circunstancias de hecho, las que deben ser atendidas respecto de su objetiva verdad, y a la que

éstos no pueden renunciar ("Colalillo", C.S.J.N., Fallos 238:550).

g. En definitiva, se trata de garantizar al niño el derecho a la vida familiar, toda vez que el derecho a la identidad también abarca la faz dinámica que determina una justificación razonable y objetiva en el tratamiento de la investigación de la paternidad. En el caso, a partir de las circunstancias fácticas comprobadas, cabe denegar el amparo solicitado y por lo tanto, no se estima la violación de los derechos invocados.

h. Siguiendo esta línea argumental, considero que el recurso debe ser rechazado porque conforme a las constancias de autos no hay posesión de estado, ni ningún elemento que demuestre el acercamiento entre el progenitor presunto y la menor, lo que surge: a) de la demanda y contestación (ni siquiera se invoca vínculo de hecho alguno, ver fs. 31/33 vta. y 49/50); b) de la audiencia de fs. 76, en donde el actor aceptó la propuesta del tribunal de tener contacto con la menor en el caso de que la pericia resultara afirmativa, lo que supone que no tiene ningún contacto (conf. art. 279, C.P.C.C.).

Por las razones expuestas estimo que, en el caso, la aplicación que se ha efectuado en la instancia de origen del art. 259 del Código Civil no colisiona con norma constitucional o supralegal alguna.

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. Comparto la propuesta decisoria de mi colega preopinante, doctor de Lázzari, por los siguientes fundamentos.

II. Entra en juego en el presente, como bien se advierte en el voto precedente, la reglamentación que del derecho a la identidad formula el art. 259 del Código Civil (texto según ley 23.264) en cuanto dispone que "la acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo".

Se regula así de manera diversa la legitimación para los casos de impugnación de paternidad matrimonial que para la extramatrimonial, ya que el art. 263 dispone para esta última que: "El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo [...]".

Aquí -como fue adelantado por mis colegas- se presenta un tercero (padre presunto) distinto del esposo de la madre (padre matrimonial que reconoció al hijo), impugnando la paternidad del segundo, afirmando que tuvo una relación amorosa con aquélla, de la que nació el menor. Es decir, se trata propiamente de la acción de impugnación

de paternidad matrimonial del art. 259 del Código Civil.

III. Distintas variables hermenéuticas se presentan a consecuencia del obstáculo que a pretensiones como la deducida en el **sub lite** importa la letra de la norma, que parece restringir la legitimación para obrar en esta hipótesis, adjudicándosela exclusivamente al hijo y al "padre matrimonial" (esposo de la madre).

Sistematizadas brevemente y para mayor claridad expositiva, dos grandes corrientes son de mencionar acerca de la interpretación del art. 259 del citado cuerpo fundal.

Una primera, según la cual la norma contempla a los legitimados en forma **meramente enunciativa**, sin restringir las posibilidades de actuar de otros interesados que no sean el hijo y el esposo de la madre. Es la posición sustentada por el Juez doctor Negri, siguiendo su voto en la causa Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993.

b. Otra tendencia afirma que la enumeración del art. 259 es **limitativa**, prohibiendo accionar a quien no es el hijo o el padre matrimonial reconocido. Es la postura sostenida por la mayoría de esta Corte (voto del doctor Laborde) en la causa antes citada.

Ahora bien, dentro de esta posición, pueden advertirse ciertas variantes:

b. 1) quienes sostienen que la norma es

taxativa y no permite excepciones, siendo la restricción razonable en atención a la búsqueda de unidad familiar, que es preservada mediante la limitación a la intromisión de terceros ajenos al núcleo familiar constituido;

b. 2) quienes flexibilizan el carácter taxativo, postulando una interpretación del dispositivo de acuerdo a las circunstancias del caso y a la finalidad del propio dispositivo legal. Así, si el "tercero" (distinto del padre matrimonial reconocido) ha tenido con el hijo una relación de hecho que demuestra un lazo paterno filial material, debe entenderse legitimado, porque la **ratio** de la norma (preservar la unidad familiar) no se hallaría incumplida o comprometida por dicho reconocimiento. El corsé a la legitimación operaría así en los casos en que el tercero no tenga esta especie de "posesión material de estado", dado que ahí sí se estaría afectando la armonía familiar. Es la posición sostenida por el ministro preopinante, doctor de Lázzari, como también por la Suprema Corte de Mendoza, con voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci (Sala I, causa 81.859, sent. del 15-V-2005, esp. consids. XII y XIII) y en doctrina por Grosman ("Acción de impugnación de la paternidad del marido", Ábaco, Bs.As., 1982).

b. 3) Finalmente, quienes observan que el precepto es **cerrado**, pero por restringir la legitimación de

terceros interesados e impedir así la indagación acerca de la verdadera identidad del menor, resulta inconstitucional. Con diversos fundamentos, algunos doctrinarios han sustentado esta tesis (v. Bidart Campos, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", LL, 2000-B-22 y Gil Domínguez, "¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión", LL, 2000-B-24).

IV. Puede advertirse de esta breve reseña que nos hallamos ante una cuestión compleja que ha suscitado arduos y meditados debates. Desarrollaré a continuación mi opinión, teniendo en consideración los puntos que resulten trascendentes en el asunto, ya que no es función de los tribunales emitir apreciaciones generales o discurrir ateneísticamente, desbordando las necesidades del caso.

1. Inicialmente, debo discrepar con el criterio mantenido por el doctor Negri, según el cual la enumeración del art. 259 sería **meramente enunciativa**.

La circunstancia de que el dispositivo no utilice la expresión "exclusivamente" u otra similar para enfatizar el carácter rígido de la disposición, no implica que la mención del marido y del hijo sea ejemplificativa.

Del contraste del art. 259 con el art. 263 (que con más amplitud y expresamente habilita a **cualquier interesado** para ejercer la pretensión de impugnación de paternidad extramatrimonial), surge evidente que -en el primer caso- la intención del legislador fue limitar la legitimación para obrar a los sujetos indicados.

Sostuvo en tal sentido la mayoría de este Tribunal en la citada causa (Ac. 46.431), que la reforma incorporada al ordenamiento civil por la ley 23.264, ha ampliado la legitimación sólo respecto al hijo y a los herederos del marido, ya que de haber querido concederla al pretendido padre biológico debió haberlo hecho en forma expresa (agrego: como lo hizo en el art. 263 para la acción de filiación extramatrimonial). Es, por otra parte, la hermenéutica dada al dispositivo por la Corte Suprema de la Nación, en Fallos 322:2701 ("D. de P.V., A. c. O., C.H. s/ Impugnación de paternidad", sent. del 1-XI-1999).

2. Una vez aclarada mi opinión sobre el **carácter limitativo** del art. 259, cabe que me ocupe de la objeción constitucional que sobre este dispositivo se ha formulado, por conculcar -dicen sus epígonos- la posibilidad de que los jueces descubran la verdad material acerca de la identidad biológica del menor.

2.1. Para responder esta cuestión debo enfatizar que el derecho a la identidad tutelado por la

Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7.1. y 8; cuerpo supranacional de rango constitucional, conf. art. 75 inc. 22, Const. nac.), y por nuestra Carta provincial (art. 12.2, texto según reforma 1994), es una prerrogativa reconocida a los menores y, en términos generales, a todas las personas, para conocer -sin restricciones y entre otras circunstancias- **su verdadera filiación biológica.**

Pero ello no implica que -teniendo en cuenta motivos de orden superior- el legislador esté inhibido para restringir la posibilidad de que ciertos **terceros** se inmiscuyan en la intimidad e indaguen al respecto. Estamos, reitero, ante limitaciones a la averiguación no por parte del propio titular del derecho a la identidad (es decir, el hijo), sino de otros.

En el caso, el valladar normativo traduce una de las variables alternativas de armonización del mentado derecho en su vinculación con otros de similar linaje (v.gr.: el derecho familiar de las personas a formar y ser parte de una familia -art. 15.2 del Protocolo de San Salvador y 15.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, y el derecho social de la familia a la integridad, estabilidad e intimidad -arts. 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos-). Ciertamente el modelo

que adoptó el dispositivo de mentas no es el único posible ni cancela otros diseños igualmente practicables en el espectro de tonalidades que habilitan los textos fundamentales (prueba de ello lo constituye el modelo que adopta el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, que propone una legitimación ampliada para la impugnación de la filiación matrimonial).

En este sentido, ha expresado el Máximo Tribunal federal que de la tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación, surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad, consagrada por la reforma de la ley 23.264 (Fallos 322:2701, consid. 15°). Por lo que **de lege lata**, cabe concluir que el art. 259 del Código Civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional, puesto que no transgrede los derechos fundamentales, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional (íd., consid. 17°). Cabe señalar que si bien el caso de marras ponía en juego una situación similar a la de autos, se distinguía de éste en alguna medida, ya que

quien pretendió impugnar la paternidad en el precedente traído a colación fue la madre biológica y no un tercero que manifiesta ser el progenitor, como ocurre en el **sub lite**. Por ello, el asunto citado se basó no sólo en el derecho a la identidad del menor, sino también en la garantía a la no discriminación por razones de sexo (situación que, obviamente, no es relevante en el presente).

Lo expuesto demuestra, como lo pusiera de manifiesto la Corte nacional (Fallos 322:2701), la improcedencia del embate que contra el dispositivo legal de marras se levanta con sustento en la violación del derecho a la identidad. Como se infiere de lo antedicho la reglamentación vigente en este país, **no cierra ninguna puerta procesal al titular de dicha prerrogativa, quien tiene la posibilidad de impugnar en todo tiempo la paternidad** de quien lo hubiera reconocido originariamente.

Esta característica de nuestra codificación civil es una de las razones por las cuales resulta inaplicable la doctrina sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el asunto "Kroon & others v. The Netherlands", 297-C, 27-X-1994. En dicho precedente, el aludido Tribunal supranacional consideró que el ordenamiento de los Países Bajos resultaba inconciliable con el de la Convención Europea de Derechos Humanos, al

desconocer la potestad del menor para indagar efectivamente respecto de su identidad biológica.

El segundo elemento que marca una diferencia fundamental entre el precedente recién citado ("Kroon") y el **sub judice**, es que aquí no existen lazos familiares de hecho consolidados entre el peticionante y el menor. El dato es fundamental e impide extender la influencia de la doctrina del caso "Kroon" al presente. Efectivamente, el argumento central por el que la Corte Europea condenó a los Países Bajos en dichas actuaciones, fue la ausencia de previsiones adecuadas en el ordenamiento interno de dicho Estado que habilitaran a sujetos distintos del marido de la madre para cuestionar la paternidad presumida por el legislador. Esta circunstancia -a juicio del referido cuerpo jurisdiccional- afectaba el derecho de dicho núcleo familiar no matrimonial a gozar de una vida familiar (conf. art. 8, Convención Europea de Derechos Humanos). Se trataba, vale recordarlo, de un menor nacido en 1987 de una unión de hecho consolidada varios años después de que la madre se separara de su marido y perdiera todo contacto con él (1980). El divorcio -recién obtenido en 1988- no impidió los efectos de la presunción legal de paternidad de quien al momento del nacimiento seguía siendo formalmente su cónyuge (v. fallo citado, párrs. 7/10). En tales condiciones, opinó el mencionado tribunal supranacional que

el "respeto" a la "vida familiar" requiere que la realidad biológica y social prevalezcan sobre una presunción legal y, en tal contexto, declaró la infracción al referido art. 8 de la Convención (fallo cit., párr. 40).

2.2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que las ya relatadas circunstancias de este particular caso evidencian que la interpretación a la que arribo no significa restringir la indagación de la filiación eliminada por delitos aberrantes, como puede ser el secuestro y tráfico de menores, etc.

En supuestos como los mencionados, en los que la búsqueda de la verdad por parte de un tercero tiene como antecedente la comisión de un delito gravísimo y no una supuesta "infidelidad doméstica" -como ocurre en el **sub discussio**- las investigaciones penales pueden y deben tener como efecto el hallazgo de la identidad suprimida y la rectificación de las partidas respectivas (v., por ej., art. 526, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires), y a esto nadie se opone. En estas situaciones la acción civil para retraer los efectos dañosos del delito no tiene límite alguno.

3. En cuanto a la distinción que meditadamente sustenta el doctor de Lázzari, según la cual sería posible ampliar la legitimación para obrar en las hipótesis en las que la finalidad del art. 259 no se

muestre conculcada, no considero del caso expedirme sobre el punto, ya que desborda los presupuestos fácticos de esta litis, en la que no se ha alegado ni probado la existencia de "trato familiar" que tornaría aplicable dicha tesitura (v. fs. 202/203, 213 y fs. 214/215)

4. En suma, con relación a la problemática que es materia del **sub judice**, juzgo que la norma impugnada no viola reglas constitucionales ni supranacionales. Aunque el precepto atacado puede ser objetable, el legislador ha pretendido salvaguardar ciertos criterios atinentes a la familia (art. 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica). El Poder Legislativo puede hacer -fundamentalmente- esta dicotomía sin afectar las Cartas Magnas internas, ni el derecho supranacional.

Concluyo así que: a) la enumeración de los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, prevista en el art. 259 del Código Civil, es limitativa y por ende no puede interpretarse extensivamente; b) esta restricción no atenta contra el derecho a la identidad del menor, quien tiene abierta la potestad de cuestionar dicha paternidad en todo tiempo; c) el legislador ha buscado con la limitación cuestionada, proteger a las personas de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar (conf. arts. 11.2, 17.1 y 19 del Pacto de Marras; 16.1, Convención sobre los Derechos del Niño; ambos, conf.

art. 75 inc. 22, Constitución nacional), consagrando así -como lo sostiene el máximo Tribunal federal- una reglamentación posible de los valores en tensión; d) la regla, por ende, no rige cuando está en juego un delito penal que afecte el derecho a la identidad, hipótesis en la cual cualquier restricción desaparece.

Por lo expuesto, voto por la **negativa**.

A la primera cuestión, el señor juez doctor Genoud dijo:

Coincido con la solución propuesta por el doctor de Lázzari por los siguientes argumentos.

I- Momento en que debe plantearse la inconstitucionalidad.

He sostenido en otras oportunidades sobre la necesidad de que el planteo se efectivice en tiempo oportuno (P. 104.710, sent. del 25-VIII-2010; C. 102.614, sent. del 26-VI-2013). Ello, siguiendo al Superior Tribunal nacional en su inveterada doctrina según la cual la cuestión constitucional debe ser introducida desde las etapas tempranas del proceso (Fallos 332:2504; 329:3235; 315:739; 316:356; 316: 361; 317:170; 320:2740; 322:910).

Lo expuesto, sin perjuicio de la posibilidad de los magistrados de declarar la inconstitucionalidad de oficio cuando la incompatibilidad entre el precepto aplicable sea manifiestamente contrario a la Constitución

(P. 104.710 y C. 102.614, ya cits.) . Como lo ha resaltado recientemente la Corte Suprema, no solo se debe realizar un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, siguiendo las directivas de la CIDH (CS, 27-XI-2012, considerando 12, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejercito Argentino s/ daños y perjuicios", LL 30-XI-2012, p. 5, Cita Online: AR/JUR/60694/2012).

Se expresa en el fallo mencionado, en referencia a la Corte Internacional, que ésta "ha insistido respecto del control de convencionalidad **ex officio**, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011)" (CS, cit.).

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la trascendencia de los derechos involucrados, considero que no puede soslayarse el análisis de la cuestión constitucional.

Será necesario evaluar, entonces, si es inconstitucional la limitación de legitimados activos que regula el art. 259 del Código Civil.

II- La presunción de paternidad del marido de la madre.

Expresa el art. 243 del Código Civil: "*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o a la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal, o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario*".

El art. 243 fija los límites en que funciona la presunción de paternidad del marido de la madre y que opera desde la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, separación personal o de hecho de los esposos. Esto implica que los niños nacidos dentro del período regulado se presumen hijos del marido de su madre. Ahora bien, esa presunción admite ser destruida. Empero, en la tarea de dejarla sin efecto sólo se encuentran los legitimados activos que enumera el art. 259 del Código Civil.

En cambio, cuando la presunción ha cesado, es decir el bebé ha nacido luego de los trescientos días de la disolución, anulación, separación personal o de hecho de los cónyuges la cuestión es mucho más sencilla, pues no hay presunción y, por ende, tampoco paternidad que impugnar (Grosman, Cecilia P., con la colaboración de Arianna,

Carlos; Ilundain, Mirta; Iñigo, Delia, "Comentario a los artículos 240 a 263 del Código Civil", en Bueres, Alberto J.: Dir.: Highton, Elena I.: Coord., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 1995, T° I, p. 1110; Belluscio, Augusto C., Manual de derecho de familia, 7° Ed., Astrea, Bs. As., 2002, T° 2, Ps. 260/261; Zannoni, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 3ra. ed., Astrea, Bs. As., 1998, T° 2, p. 334; Chechile, Ana María, La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino, LexisNexis, Bs. As., 2006, p. 87).

En el supuesto de autos la niña nació estando vigente la presunción de paternidad regulada en el art. 243 del Código Civil.

III- Los legitimados activos previstos por el art. 259 del Código Civil.

Dispone el art. 259 del Código Civil que:
"La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes

de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido".

La acción regulada en los arts. 258 y 259 del Código Civil es la que se denomina de impugnación rigurosa de la paternidad y, precisamente, su objeto es destruir la presunción establecida en el art. 243 del citado cuerpo legal (Grosman, Cecilia P., con la colaboración de Arianna, Carlos; Ilundain, Mirta; Iñigo, Delia, "Comentario a los artículos 240 a 263 del Código Civil", en Bueres, Alberto J.: Dir.: Highton, Elena I.: Coord., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 1995, T° 1, p. 1166; Belluscio, Augusto C., Manual de derecho de familia, 5ta. ed., Depalma, Bs. As., 1991, T° II, p. 220; Zannoni, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 3ra. ed., Astrea, Bs. As., 1998, T° 2, p. 436; Bossert, Gustavo A.; Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad. ley 23.264, Astrea, Bs. As., 1987, p. 189; Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23.264, Depalma, Bs. As., 1986, p. 123; Chechile, Ana María, "La legitimación activa para iniciar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF 20-2002-167)

Del precepto transcrito se observa que los legitimados indiscutibles son: el hijo, el marido y, en caso de que éste falleciere, sus herederos.

Se cuestiona la limitación de los legitimados activos, sobre todo (si bien hubo planteos anteriores) a partir de la incorporación a la Constitución de los Tratados de Derechos Humanos, por entender que se encuentran afectados derechos como el de la identidad del menor (art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el de no discriminación contra la mujer (art. 2. de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). Ergo, se ha planteado la posibilidad de ejercicio de la acción por la madre, por el Ministerio Público y por el tercero progenitor biológico.

Una parte de la doctrina entiende que la mujer no se encuentra facultada para demandar (Zannoni, ob. cit., p. 435; López del Carril, Julio J., "La legitimación activa. Inexistencia de tutela especial", L.L. 1989-C-447; Mazzinghi, Jorge A., "Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: un fallo elogiabile de la Corte", E.D. 185-452; C.S.J.N., voto de la mayoría, noviembre 1-1999, E.D. 185-451; L.L. 1999-F-670). Otro sector, en cambio, estima que la falta de legitimación de la madre es inconstitucional (Grosman y otros, ob. cit., p. 1177; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los

derechos del niño", en Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, p. 236; Bidart Campos, Germán J., "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?", L.L. 2000-B-22; Gil Domínguez, Andrés, "¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el art. 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión", L.L. 2000-B-24; Varela, Florencio, "Inconstitucionalidad de la discriminación de la mujer en el artículo 259 del Código Civil", L.L. 1994-D-1107; Azpiri, Jorge O., "La legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF 17- 2000-17).

En relación al Ministerio Público tampoco hay uniformidad. Así se ha cuestionado la posibilidad de que este funcionario pueda iniciar una demanda en forma autónoma en representación del menor (Zannoni, ob. cit., p. 818. En este sentido CNCiv., sala H, 9-IV-2001, JA 2001-IV-514). En cambio, otros autores le reconocen esta facultad (Azpiri, Jorge O., "La legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF 17- 2000-17; López del Carril, Julio J., "La legitimación activa. Inexistencia de tutela especial", L.L. 1989-C-447. En similar sentido, CNCiv., sala B, septiembre 5-1988, L.L.

1989-C-447; Juzg. 1ª. Inst. Mendoza, 12-IX-2001, RDF 20-2002-163).

Finalmente, se presenta parecida controversia en cuanto a la posibilidad de que quien accione sea el supuesto padre biológico.

IV- La legitimación del tercero (supuesto progenitor biológico).

Esta hipótesis la que motiva el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se centra en la inconstitucionalidad de la falta de legitimación del tercero que alega ser el padre biológico.

Considero, tal como lo expone el ministro preopinante doctor de Lázzari, que no podemos dar una respuesta absoluta a este interrogante, sino que se debe analizar cada caso en concreto (conf. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ra, 12-V-2005, RDF 2005-III-165).

En el intento de dar respuesta a esta cuestión se han esbozado tres posturas.

1- Una que considera que la limitación de legitimados activos que enumera el art. 259 no viola nuestra Carta Magna. En consecuencia, el tercero no puede accionar (Zannoni, ob. cit., p. 436; Mazzinghi, Jorge A., "Legitimación activa para impugnar la filiación legítima", E.D. 157-13; SC Buenos Aires, Ac. 46.431, 5-X-1993, E.D. 157-13; Belluscio, Augusto C., "Incidencia de la reforma

constitucional sobre el derecho de familia", LL 1995-A-946; Méndez Costa, María J., "Visión jurisprudencial de la filiación", Rubinzal, Santa Fe, 1997, p. 332).

2- La otra corriente, contrariamente, afirma que la restricción dispuesta por el precepto en análisis es inconstitucional. Decía Bidart Campos que: "...El derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones, y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido 'legalmente' como hijo de quien 'biológicamente' es hijo. O sea, reciprocidad entre la realidad biológica y las normas. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales" (Bidart Campos, Germán J., "Las realidades biológicas y las normas jurídicas", E.D. 157-881. En similar sentido Azpiri, ob. cit., p. 29; Famá, María Victoria, "La filiación", 2da. Ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, p. 568 y ss.).

3- La tercera posición, denominada ecléctica, distingue "según cual sea la situación familiar de cada caso concreto: si el menor goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada" (conf. voto de la doctora

Kemelmajer de Carlucci, Aída, en el fallo de la Sup. Corte de Mendoza, sala 1ª, 12-V-2005, RDF 2005-III-165. En similar sentido Grosman, Cecilia, "Acción de impugnación de la paternidad del marido", Ábaco, Bs. As., 1982, p. 227; Gutiérrez, Delia, "Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima", RDF 11-1997-69; C. 2da Civ. Com. Minas, Paz, Trib., Mendoza, 18-XII-2007, LL 2008-B-639, cita on line: www.laleyonline.com.ar AR/JUR/10463/2007).

La citada jurista mendocina sostiene que "determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: a) edad del niño; b) conformación del grupo familiar en que está inserto; c) relaciones familiares fácticas previas". Continúa argumentando que, conforme dice Malaurie, "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')

(Maurice, Philippe, "La Cour Européenne des droits de l'homme et le 'droit' de connaître ses origines. L'affaire Odièvre", en la semaine juridique, 26-III-2003, nro. 26, p. 546, cit. por Kemelmajer de Carlucci, voto cit.).

Finalmente, concluye diciendo que cuando existe posesión de estado entre el niño y el padre legal, "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** (...) Se trata, simplemente, de no ejercer injerencias estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, priorizar su interés superior real, no abstracto, 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..." (Del voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci cit.; el resaltado me pertenece).

Adhiero a esta postura ecléctica que no solo valora el dato genético aislado sino que considera como dato relevante la posesión de estado que la niña tiene en relación al padre legal.

No es un dato menor lo expuesto por la perito psicóloga en el informe de fs. 202, en relación a la

adolescente. Expresa que "de su historia vital surge que a los 11 años de edad, su progenitora le refiere que P. no es su padre biológico. A pesar de esto, P. es quien estuvo con ella desde su nacimiento y ejerció el rol paterno en forma plena, con los derechos y obligaciones que implica. Expresa que nunca ha tenido contacto con su progenitor (L.J.), desconociendo todo dato sobre el mismo. No demuestra interés por contactarse o entablar alguna relación, afirmando '... así estoy bien... no quiero saber más nada, no quiero saber de él' (sic). La joven ha crecido en esta familia, estando identificada totalmente con el apellido J. , el cual desea conservar. Se siente igual al resto de sus hermanos, ya que fue criada de esta manera, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación".

La perito concluye que la joven "vive en una familia muy unida y afectuosa, con fuertes lazos entre sus integrantes. Los padres, han desempeñado sus funciones con responsabilidad. Posee conocimiento claro sobre su origen biológico, deseando conservar el apellido que tuvo desde su nacimiento, con el que está plenamente identificada, y del que es parte, al igual que sus hermanos".

Como bien se ha señalado, existe al lado de la realidad biológica, "otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que

también hace a la identidad de la persona humana (...) La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone (...) el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo" (Mizrahi, Mauricio L., "Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso", RDF 2004-II-28).

V- Conclusión.

En el presente caso la joven tiene un padre al que reconoce como tal y quien cumple con las funciones que de la paternidad se derivan. En cuanto al derecho a la identidad, esta adolescente conoce cuál es su identidad estática y ansía conservar la dinámica. Como lo destaca Kemelmajer de Carlucci, se debe diferenciar el derecho a conocer la verdad biológica del derecho a generar vínculos jurídicos. Estos dos aspectos, no necesariamente van de la mano. Buen ejemplo de ello es el instituto de la adopción plena que sin desconocer el derecho del adoptado a conocer su origen crea un vínculo jurídico con el adoptante (arts. 323 y 328, C.C.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13-II-2003, en el caso 'Odièvre v. France", RDF 26-2004-77).

A mayor abundamiento, algunas legislaciones han acogido esta posibilidad intermedia. A título de ejemplo, el Código Civil de Uruguay (reformado por la ley 17.823, Código de la Niñez y Adolescencia, del 07-IX-2004) concede la acción al marido, al hijo y a los herederos de ambos cuando hubiere posesión de estado (art. 219). En caso contrario, el art. 220 dispone: "De faltar la posesión de estado de filiación legítima aun cuando exista su título, la acción de desconocimiento de paternidad podrá ser intentada indistintamente por la madre, por un curador 'ad litem' que actúe en representación del hijo, por el padre biológico que manifieste su ánimo de reconocerlo o por el hijo al llegar a la mayoría de edad. La madre y el padre biológico no podrán accionar una vez que su hijo haya llegado a la mayoría de edad. En ausencia de posesión de estado de filiación legítima, la acción será imprescriptible para el hijo".

El Código Civil de Québec legitima a toda persona interesada a contestar la filiación de aquél que no tiene posesión de estado coincidente a la que se menciona en el acta de nacimiento (art. 531).

En síntesis, M. J. está emplazada como hija matrimonial del señor J. y, a su vez, goza de la posesión de estado tanto en relación a su madre como al marido de ésta. Conoce cuál es su verdad y desea preservar los

vínculos familiares que en la actualidad le brindan contención y protección. De todas maneras, tiene abierta la acción del art. 259, la que le es concedida en todo tiempo. Mas este es un derecho que podrá ejercer o no.

En consecuencia, voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. Por los motivos que seguidamente he de exponer, el recurso debe prosperar.

2. En primer término, procede tratar lo atinente a la oportunidad del planteo del caso constitucional formulado en autos.

a. Como surge del expediente, presentada ya la demanda, y al contestar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la tutora **ad litem** de la menor con base en lo dispuesto por el art. 259 del Código Civil (v. fs. 60; los demandados nada habían dicho al respecto, v. escrito de fs. 49/50 presentado por P. V. J. y V. B.L.), el actor cuestionó la constitucionalidad de aquel precepto (v. fs. 62/65). La cuestión fue objeto de tratamiento por la Asesora de Incapaces (fs. 67/68 vta.). Luego del frustrado intento por conciliar las posiciones (fs. 76 y vta.), el Tribunal de Familia Nº 1 de La Plata la desestimó por juzgar que había sido articulada en modo tardío (v. fs. 79/82).

b. El citado órgano jurisdiccional sostuvo que "... [c]omo la aplicación de la norma citada no podía ser desconocida por el accionante al momento de promover la demanda, el planteo de inconstitucionalidad de la norma efectuado al momento de contestar la excepción en análisis deviene manifiestamente extemporáneo toda vez que la tacha de inconstitucionalidad debe plantearse en la primera oportunidad posible y previsible en que aparece la cuestión constitucional comprometida en la causa". A ello añadió que dicha oportunidad fue la de la formulación de la demanda (v. fs. 81 y vta.).

c. En votos anteriores he pregonado como una pauta general, más consistente con el respeto del debido proceso (art. 18. C.N.) aquella que, por principio, promueve que el debate constitucional sea instado oportunamente por la parte interesada (cfr. mi voto en las causas L. 77.727, "Vallini", sent. del 10-IX-2003; L. 76.279, "Castillo", sent. del 1-X-2003; L. 71.014, "Celaya", sent. del 29-X-2003; entre otras), con el fin de garantizar la audiencia y bilateralidad en el trámite (doct. causas L. 79.304, "Portal, César Osvaldo contra Policía bonaerense. Accidente de Trabajo", del 14-IV-2004; L. 69.523, sent. del 1-IV-2004, entre otras) y permitir que los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción (arts. 31, C.N., 57, Const. Pcial.), se pronuncien sobre la norma

objetada en posiciones sustentadas por los contendientes; sobre todo, cuando el planteo constitucional es el soporte de un reclamo que versa sobre derechos disponibles (cfr. mi voto en Ac. 87.421 "Goenaga", sent. del 26-IX-2007; v. asimismo C.S.J.N. **in re** "Cabrera", sent. del 13-VII-2004) o si el examen que supone está referido al modo como una regla de derecho viene a ser aplicada en un determinado contexto.

d. Por cierto, y al margen de las implicaciones que se derivan del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **in re** R.401.XLIII "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otros c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios" (de fecha 27-XII-2012), el criterio sentado en el párrafo anterior no está exento de matices y ha de ceder, entre otros supuestos, cuando la norma legislativa o reglamentaria ha sido descalificada por el Alto Tribunal (así, v. gr., mi voto en la causa L. 86.269, "Gómez", sent. del 30-III-2005, reproducida en L. 81.577, "Guzmán", sent. del 8-VI-2005; cfr. C.S.J.N., Banco Comercial de Finanzas S.A. [en liquidación BCRA] s/quiebra, causa B. 1160.XXXVI, sent. del 19-VIII-2004) o por esta Suprema Corte (v. mi voto en Ac. 88.046, sent. del 6-V-2009 y 92.262, sent. del 10-VI-2009), cuando la solución contraria al abordaje constitucional pusiere en grave riesgo la efectividad de la tutela judicial (arts. 8 y 25,

C.A.D.H.) o trasuntare un ritualismo injustificado (v. mi voto en autos, Ac. 86.429 "Asociación", sent. del 22-VIII-2007).

e. La discusión sobre la validez del art. 259 del Código Civil tomó cuerpo en esta contienda cuando su aplicabilidad fue invocada por la tutora **ad litem** como base para repeler la pretensión del actor (v. fs. 60). Sobrevino así el cuestionamiento del señor L. (v. fs. 62/65) y el contrapunto constitucional.

Tal cual precisa mi colega el doctor de Lázzari, en vista de la índole de los derechos en juego -a la jurisdicción, a la identidad y consecuente emplazamiento filiatorio de una menor de edad cuya paternidad matrimonial se discute-, era menester adoptar un criterio funcional, alejado de severos formalismos que desnaturalizan el sentido de la discusión constitucional. Ello no aconteció en la especie. En torno al art. 259 del Código Civil se ha suscitado una incidencia, si no extensa en cuanto al debate exhaustivo de posiciones, al menos suficiente en atención a la índole de los puntos a dirimir (art. 284 del C.P.C.C.; v. providencia de fs. 151 y memoria de la tutora **ad litem** obrante a fs. 159/160; arg. art. 18, C.N.; arg. C.S.J.N., Fallos 311:1114; 324:3219 -consids. 9º, voto de los doctores López y Bossert, y 14º, últ. apart., del voto del doctor Boggiano-).

En las condiciones señaladas, el pronunciamiento del **a quo**, al declinar el abordaje del punto constitucional (v. fs. 81 y vta.), expresa una determinación puramente ritual (cfr. Ac. L. 84.176, sent. del 15-III-06) que debe ser revisada.

3. Cabe entonces expedirse sobre la impugnación al art. 259 del Código Civil.

a. El texto citado, incorporado a ese cuerpo normativo por la ley 23.264, establece: “[l]a acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo”. De fallecer el marido, sus herederos también “... podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

b. Como recuerda el doctor Hitters en su voto, la doctrina en su amplia mayoría asigna carácter taxativo a la mención de los sujetos legitimados. De tal suerte, tanto la persona que aduce ser el padre biológico

como, incluso, la madre biológica (asunto que, con ser grave, no corresponde abordar aquí), son privados del derecho a ocurrir ante un órgano jurisdiccional para reclamar tal condición. Pese a que el artículo no emplea la expresión "exclusivamente" u otra análoga, basta comparar lo allí normado con lo prescripto por el art. 263 en materia de impugnación de paternidad extramatrimonial - disposición que habilita a demandar a cualquier interesado- para advertir, con una mirada sistemática, que en el supuesto que nos convoca el régimen busca estrechar muy severamente la legitimación, asignándola sólo a las personas mencionadas por la norma. El examen de los antecedentes legislativos y el debate parlamentario que culminara en la sanción de la ley 23.264, conducen al mismo resultado, que es al que arribó la Corte Suprema de la Nación **in re** "D. de P.V.A.c/ O., C.H" (Fallos 322:2701).

En suma, el Código Civil no confiere legitimación para accionar a la madre ni a quien alegare ser el verdadero padre del hijo, en el supuesto de ser alguien distinto del marido de la madre.

4. Con la apuntada inteligencia de la norma, en situaciones como la de autos, quien no sea el hijo o el marido de la madre carecerá de acción para acceder al reconocimiento de la paternidad pues para ello, previamente, debe iniciar una pretensión impugnativa de la

asignada a otro; y ello, a la luz del art. 259 del Código Civil, le está vedado.

a. Como fundamento de semejante interdicción se ha puesto el acento en varios propósitos; entre otros, el resguardo de la estabilidad matrimonial, de la paz y el sosiego de la familia "legítima", la defensa de la intimidad de la madre o la del "honor marital". Por más que algunos de esos fines son pertinentes y han perdurado, en su mayoría expresan una valoración anclada en un contexto social y cultural, diferente al actual y ya superado.

Para graficar la idea es útil recordar que el Código Civil en su versión originaria (art. 256) sólo confería al marido aptitud para controvertir "la legitimidad" del hijo concebido durante el matrimonio.

b. Aparte de los notorios cambios operados desde entonces en el campo de las relaciones interpersonales, el notable avance de la ciencia ha incorporado elementos decisivos para identificar con precisión la realidad de un vínculo biológico.

La cuestión consiste en establecer si, hoy día, semejante limitación es justificable con arreglo al bloque constitucional. Al respecto cabe tener presente, tal cual lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado precedente "Sejean" (Fallos 308:2268), que la decisión sobre la constitucionalidad de las normas no

puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales, ya que la realidad viviente de cada época perfecciona el sentido de las instituciones o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (cons. 11). Con base en esta pauta hermenéutica y en los fundamentos que seguidamente expondré, anticipo mi parecer contrario a la validez constitucional del art. 259 del Código Civil.

5. Pues bien, el recurrente sostiene que ella conculca la garantía consagrada en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 18 de la Constitución, al impedir su acceso a la jurisdicción. Así, la decisión del **a quo** sería reprochable por haberle privado del derecho a reclamar su cualidad de progenitor y, por ende, a vincularse con quien afirma es su hija (v. fs. 103 y 108 y vta.). A la par, aduce que los derechos de la menor, consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. fs. 104 vta. y ss.), también son avasallados. Le asiste la razón.

a. Pilar fundamental del sistema constitucional (cfr. causa B. 60.331, resol. del 24-VIII-2005), el derecho de toda persona de acudir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (arts. 18, 75 inc. 22, C.N.; 8, de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15, Const. Pcial.), entre otras manifestaciones prácticas, implica asegurar a quien invocare algún interés afectado la facultad de solicitar y obtener judicialmente el reconocimiento o restablecimiento de los bienes amparados por el orden jurídico (C.S.J.N., Fallos 310:2184, 311:700, 314:697, 315:545).

b. La legitimación activa es uno de los requisitos para el ejercicio de la acción y el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 15 de la Const. provincial y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica). Tratándose de la solicitud de protección de bienes individuales, la aptitud para accionar supone la existencia de adecuada conexión entre el sujeto que reclama y el objeto de lo postulado.

En esta **litis** es dable predicar la existencia de un interés individual digno de consideración, invocado por el actor, en tanto postula ser padre biológico de la menor, para lo cual ha acompañado a la causa un estudio de ADN (fs. 4). En esencia, su interés radica en la posibilidad de promover una acción para desvirtuar el actual emplazamiento filial matrimonial de la menor y, sobre tal base, lograr el reconocimiento de su paternidad

(arts. 250 y 252 del C.C.). Ello tropieza con la interdicción derivada del art. 259 del ordenamiento civil.

c. Ponderada a la luz de los bienes jurídicos comprometidos y los motivos expuestos para procurar explicarla, tamaña restricción luce excesiva o desproporcionada, y, por tanto, irrazonable (art. 28, C.N.).

Obsérvese que en el interés de quien acciona aquí subyace la búsqueda de la verdad, de la identidad y de la responsabilidad inherente al vínculo parental al que aspira, todo lo cual reposa en una base verosímil de argumentación, pues, si bien la corrección del estudio de ADN no fue consentida por quienes hoy día figuran como padre y madre de la menor (v. escrito de fs. 49/50), dicha prueba constituye un elemento digno de consideración, no desvirtuado aún en el proceso.

Por otra parte, dicho interés se expresa en una contienda de no tan grave dilucidación, a diferencia de, por ejemplo, lo que sucedería si quien demandara pretendiese develar la identidad en una situación de "fecundación heteróloga".

d. En adición, como se verá más adelante, el interés superior de la menor cuya paternidad se debate (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; C.S.J.N. Fallos 318:1269; Fallos 322:2701; 330:642 sent.

del 13-III-2007; esta Suprema Corte, Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2006; Ac. 87.832, sent. del 28-VII-2004; entre otros Ac. 91.561, sent. del 20-VIII-2004; Ac. 94.335, sent. del 14-XI-2007) no parece sufrir menoscabo de abrirse la legitimación que obtura la ley civil. La valoración de aquel bien jurídico de rango preeminente, lejos de asociarse al debate sobre la habilitación o restricción del acceso a la justicia que suscita el art. 259 del Código Civil, juega en otro plano y debe concretarse al dirimir la procedencia de la pretensión incoada (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22 de la C.N.), evaluación en la que corresponderá ponderar, en función de aquél interés, los factores objetivos, temporales, vinculares y demás circunstancias relevantes en cada caso.

6. En sustento de su reproche constitucional, el recurrente también alude al derecho a la identidad de la menor reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

a. Como es sabido, ese pacto internacional impone a los Estados partes el respeto y aseguramiento de los derechos que consagra (art 2.1), así como la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darles plena efectividad (art. 4). En su art. 7.1, establece que el niño tiene derecho "... en la

medida de lo posible, a conocer a sus padres... ". Pesa también sobre los Estados signatarios el compromiso de "respetar el derecho del niño a preservar su identidad" (art. 8.1).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado el valor del derecho fundamental del niño a su identidad (cf. Fallos 318:2518, sent. del 4-XII-1995; 330:642, sent. del 13-III-2007). En el caso "M., S. M., c/M., M.A.", el Procurador, con remisión al voto en disidencia del doctor Petracchi en Fallos 313:1113, ha recordado que "el normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica verdad personal, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por un proyecto de vida, elegido desde la libertad" (v. considerando 4º del dictamen del Procurador de fecha 29-VII-1999, Fallos 324:245).

b. La denegatoria de legitimación al padre biológico puede coadyuvar a impedir o evitar el emplazamiento de su hijo menor con arreglo a aquella realidad. Evidencia, así, un factor potencialmente gravitante en forma negativa en lo tocante al acceso de la menor a un dato clave para el conocimiento y desarrollo de

su identidad.

7. Ciertamente es que la identidad es un bien inexcusablemente propio, personalísimo, de cada persona. No obstante, en cuanto se aborda el vínculo entre padre e hijo biológico, aquel concepto adquiere una connotación que de algún modo es reflejada. Por ello, no siempre alcanza con reconocerle al menor el derecho a conocer su identidad (a saber quién es su padre). Incluso a estos fines, es disfuncional denegarle al verdadero padre biológico el derecho a accionar a fin de obtener un emplazamiento legal acorde con la realidad material (cfr. Bidart Campos, G., *Las realidades biológicas y las normas jurídicas*, E.D. 157-881).

a. La norma legislativa censurada procura, se dijo, una mejor integración del niño al grupo de pertenencia jurídica y tiende al sosiego e intimidad familiares. Pero, un balance ponderado de la situación, me hace ver que esas finalidades no prevalecen, ni dan sostén constitucional, a la severísima limitación que introduce la regla y a la consecuente desconsideración de la persona que pretende asumir una paternidad responsable.

Estamos en presencia de una interdicción que, cuanto menos, torna más difícil al niño en su temprana edad acceder al conocimiento de su padre biológico. La posibilidad de que construya sobre tal base su identidad es

perturbada. De otra forma, la solución legal ignora que en la salvaguarda de su interés superior, la identidad del menor supone también, ciertamente, la posibilidad del encuentro con su realidad de sangre, no el ocultamiento de esa situación.

El ordenamiento constitucional, en suma, tiende a garantizar, antes que a cercenar, la disponibilidad de los medios jurídicos para proveerle al menor su auténtico emplazamiento filial. El derecho a la identidad se contrapone a la primacía de la ignorancia. Mal puede armonizarse con un engranaje normativo que evite conformar el vínculo paterno-filial buscado por quien, lejos de eludir compromisos, quiere asumir su paternidad.

Por ello cabe predicar la irrazonabilidad de la solución contenida en art. 259 del Código Civil.

b. Lo expuesto no implica consagrar en modo absoluto y bajo cualquier circunstancia la superioridad de la verdad biológica, desechando todo otro derecho o interés jurídico. Se trata simplemente de que la verdad no sea ocultada, ni la biografía falseada a expensas de un simple registro formal. El respeto a aquella condición biológica no conduce a destruir los lazos afectivos que hubieran podido generarse entre el hijo con el esposo de su madre; tiende a situarlos en un plano de verdad.

En este orden, la prohibición para demandar

que pesa sobre el padre biológico, aparte de vulnerar la garantía del acceso a la tutela judicial efectiva, erige un no menos trascendente valladar legal para la suerte del derecho a la identidad del menor, sin conllevar de suyo una lesión irreparable a la esfera afectiva del grupo familiar legal.

c. Las objeciones al dispositivo del Código de fondo no logran sortearse apelando al argumento que da cuenta de la posibilidad del hijo de cuestionar en cualquier tiempo el emplazamiento legal forjado al calor del art. 243 del ordenamiento civil.

En sintonía con el voto de la minoría de la Corte nacional en el precedente antes citado (*in re* "D. de P.V.A. c/O.,C.H."), cabe reiterar que la identidad y conveniencia del menor, hallan cabal tutela al reconocerse la legitimación a quienes puedan invocar un interés legítimo y cualificado -tal, el caso del padre biológico-, permitiendo el ejercicio de la acción en la temprana edad del menor y el acceso a su identidad. Como allí fue dicho, el desarrollo de la personalidad del menor, el uso del nombre que realmente le corresponde, su vida familiar, afectiva y social, obtienen incuestionable beneficio si la desvinculación jurídica con quien no es el padre biológico sucede en la infancia, posibilitándose así el establecimiento del vínculo con el verdadero padre, como

pretende el aquí actor (v. consid. 10 de la minoría en Fallos: 322:2701).

d. Tampoco deben soslayarse otras dificultades que el texto normativo suscita. Si bien no se discute el derecho del menor adulto para el ejercicio de la acción bajo estudio, no acontece lo mismo con un menor impúber. Como recuerda el doctor Genoud en su voto (v. sexto párrafo del punto III), en este supuesto no existe consenso en torno a la posibilidad de que el Ministerio Pupilar impugne la paternidad matrimonial en ejercicio de la representación promiscua que le asigna la ley (v. asimismo C.S.J.N., **in re** "O., S.A. c/O., C. H.", fallada el 1 de noviembre de 1999, J.A. 2000-III-527 y causa M.354.XXXIV, sent. del 13-II-2001, LL 2001-E, 121).

De negarse legitimación a quien vendría a ser el padre biológico, el ejercicio de la acción durante la minoridad del hijo quedaría condicionado al conocimiento que éste, o quienes puedan ejercer sus derechos en su nombre y representación, tuviesen en torno a su verdadera realidad. En sentido similar razona la minoría de la Corte Suprema de Justicia en la ya aludida sentencia registrada en Fallos 322:2701, por lo que estimo que la restricción carece de base razonable.

El mero hecho de que la pretensión pudiera ser intentada por el órgano pupilar no avala la denegatoria

de legitimación al padre biológico deseoso por ejercer su paternidad y establecer vínculos con su hijo.

7. El precedente de la Corte Suprema al que se acude para sostener la constitucionalidad de la restricción normativa, realza la opción valorativa del legislador de privilegiar el sosiego y resguardo de la intimidad de la familia "legítima".

a. Parece difícil predicar que la "tranquilidad familiar" presida un sistema que habilita al hijo a accionar en cualquier momento, como surge del propio art. 259. Ello vaya dicho más allá de resaltar lo insatisfactorio que, en términos valorativos, es hacer prevalecer dicha tranquilidad formal sobre el ocultamiento de la verdad (cfr. Bidart Campos, Germán, *Las realidades biológicas y las normas jurídicas*, ED 157-882). No hallo pues razonable sustento para la privación de justicia que se impone al padre biológico con eje en aquellos argumentos (arts. 28, 33 y conchs., C.N.).

b. Por otro lado, tampoco se advierte la conexión causal necesariamente negativa o perturbadora entre la consideración de los vínculos afectivos que se pretenden tutelar y la apertura de la legitimación para impugnar la paternidad del cónyuge de la madre a una persona para nada extraña a la realidad vital de la menor.

En mi opinión, el argumento que alude a la

preservación del valor institucional de la familia *legítima* (cf. voto de la mayoría de la C.S.J.N., Fallos 322:2701) o aquel otro que descalifica el resultado favorable de una acción promovida por el padre biológico porque desplazaría al menor de la situación de legitimidad al ámbito de lo "extramatrimonial", tampoco son de recibo.

Con ellos, parece olvidarse que la concepción de un hijo extramatrimonial no conlleva mácula alguna. El sistema jurídico brinda reconocimiento y protección igualitaria a todos los hijos, sin privilegiar aquéllos nacidos de una relación entre cónyuges. La distinción antaño postulada en esta materia carece de justificación y sentido constitucionales.

8. En efecto, el mantenimiento de la restricción debatida lleva consigo una desigualdad injustificable (arg. art. 16, C.N.) entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, tanto en punto a obtener un emplazamiento filial acorde con la realidad biológica como en el respeto a la alegada intimidad y vida familiar.

a. No todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio ni, desde luego, toda distinción merece invalidarse. Existen ciertas clasificaciones o distingos que poseen fundamento adecuado, en cuanto expresan una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y

los fines de interés general de la norma que los consagra (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19-I-1984, serie A, n° 4, Cap. IV, párrafos 56 a 58; cfr. C.S.J.N., Fallos 322:2701).

Mas en el caso, las diferencias carecen de esa base objetiva. Si la protección que el ordenamiento dispensa a la "vida familiar" no distingue entre las familias generadas a raíz de un matrimonio civil y las conformadas por quienes no cuentan con ese vínculo formal (arts. 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) mal puede convalidarse un trato dispar en lo concerniente a la tutela de la paz e intimidad familiar en ambos supuestos.

b. El reconocimiento voluntario de un hijo en el marco de una unión extramatrimonial puede conformar un vínculo familiar consolidado. Dicho vínculo está expuesto a que cualquier interesado -entre ellos, quien invoque ser el padre biológico del menor reconocido- impugne la paternidad, con arreglo a lo previsto en el art. 263 del Código Civil. Por el contrario, frente al emplazamiento del menor como hijo matrimonial del esposo de la madre con base en la presunción legal del art. 243, el

padre biológico carecería de tal derecho ya que la ley no lo legitima a demandar el desplazamiento previo del estado filial del menor (art. 259 del C.C.).

Determinaciones legales tan opuestas entre ambas situaciones personales y familiares dan cuenta de una discriminación inconstitucional (art. 16, C.N.).

c. El Estado argentino ha tomado el compromiso de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley (art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 16 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional).

Para respetar ese bien jurídico, el padre biológico ha de poder acceder a la justicia, reclamar por su paternidad, cuestionando otra, matrimonial o extramatrimonial, en salvaguarda de su interés individual, de la verdad biológica y de la identidad del niño.

9. Por fin, tampoco logra convencerme la posición que erige a la posesión de estado en un verdadero factor dirimente del reconocimiento de la legitimación activa al padre biológico.

No advierto el fundamento de base

constitucional que explique esa suerte de supeditación de una garantía tan preciada como es el acceso a la justicia, reflejo de una de las condiciones de admisibilidad de la acción (conf. C.S.J.N., causa D.450.XLIII, R.O. **in re** "Defranco Fantin, Reynaldo Luis y otro c/Estado nacional - Ministerio de Economía s/Proceso de conocimiento", sent. del 7-IV-2009) a un dato fáctico, si bien relevante, más propiamente ligado a la procedencia sustancial del reclamo que a la admisibilidad de la pretensión, como el que supone la constatación de la insubsistencia de la convivencia matrimonial o de la existencia de un trato paternal de hecho.

En ocasión de debatir la constitucionalidad del art. 133 primer párrafo del Código Civil español, que restringe al hijo la legitimación para accionar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, el Tribunal Constitucional de aquel país sostuvo que la privación, en ese caso al padre biológico, de la posibilidad de reclamar la filiación en tal supuesto no es compatible, entre otros preceptos, con el que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, C.E.) en su vertiente de acceso a la jurisdicción; agregando que el legislador, al ponderar los valores en juego, no pudo válidamente anular por completo uno de ellos (el acceso a la justicia), por cuanto ello no guarda adecuada

proporcionalidad con la finalidad pretendida de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas (TCE, sent. 273/2005, sent. del 27-X-2005).

10. En suma, la determinación normativa plasmada en el cuestionado precepto priva de acceso a la justicia a quien invoca un genuino y respetable interés referido a la verdad biológica del vínculo paterno-filial cuya desconsideración absoluta no guarda proporción con los fines de resguardo a la intimidad y sosiego del grupo familiar; afecta o puede poner en riesgo el derecho a la identidad del menor; menoscaba la legítima aspiración de paternidad a formularse por quien procura asumir, no rehuir, las responsabilidades emergentes de tal condición y, a la par, denota un trato legal diferencial entre quienes reclaman instituir una relación de paternidad matrimonial y quienes lo hacen en un marco extramatrimonial, distingo que adolece de una razonable justificación.

Por todo ello, corresponde hacer lugar al recurso articulado, dejando sin efecto la sentencia impugnada y declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso del art. 259 del Código Civil (arts. 16, 18, 75 inc. 22, C.N.; 2, 3, 4, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 8.1, 17.4 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 18 de

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), por lo que la causa deberá devolverse al tribunal de origen a fin de que continúe en el conocimiento y trámite de la pretensión entablada para el dictado de una sentencia que, al momento de evaluar la procedencia sustancial de la pretensión incoada, pondere el interés superior del menor involucrado (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22, C.N.).

Con el alcance y por las razones expuestas, voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad, aunque le asista razón en torno del embate vinculado al erróneo carácter extemporáneo de la introducción de la cuestión constitucional a la litis, no puede tener favorable acogida.

1. En efecto, cierto es que el planteo de parte vinculado con la constitucionalidad de una norma constituye una cuestión esencial (C. 92.578, sent. del 11-III-2009; C. 94.911, sent. del 12-XII-2007; C. 98.993, sent. del 23-XII-2009; entre otras) y debe ser articulado en la primera oportunidad procesal propicia o viable al

efecto (B. 55.518, sent. del 6-IV-1999; entre otras) cuando haya mediado un pronunciamiento expreso sobre la cuestión (arg. a contrario, C. 94.340, sent. del 14-XI-2007 y C. 96.654, sent. del 27-VIII-2008), o la parte haya sido puesta en forma expresa y categórica en condiciones de expedirse sobre la aplicación al caso y/o constitucionalidad de dicha norma o instituto (C. 105.079, sent. del 31-X-2012), o las circunstancias de la causa exijan ineludiblemente el debate sobre la congruencia constitucional de tal disposición (arg. a contrario, C. 100.285, sent. del 14-IX-2011; C. 102.284, sent. del 2-V-2013), en tanto en tales casos la ausencia de toda oposición oportuna por el tardío contradictor pueda estimarse como un obrar de dicha parte que traduzca una renuncia expresa o tácita a sus derechos de carácter patrimonial (conf. C.S.J.N., Fallos: 187:444; 255:216; 275:235; 279:283 y sus citas; tb. **in re** "Cabrera" sent. de 13-VII-2004, Fallos: 327:2905; C. 105.079, sent. del 31-X-2012; entre otras) o un voluntario sometimiento sin expresas reservas al régimen en cuestión (conf. C.S.J.N., Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184: 361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922, entre otros; Ac. 57.688, sent. del 3-IX-1996; Ac. 84.265, sent. del 31-III-2004; L. 87.969, sent. del 8-VII-2008; mi voto en C.

100.371, sent. del 10-VI-2009; entre otras), impidiendo la posterior revisión de una cuestión ya resuelta y consentida por las partes (L. 92.501, sent. del 10-VIII-2005) o alcanzada por la preclusión.

Sin embargo, fuera de tales cauces, la cuestión de la oportunidad en que deben hacerse los planteos de inconstitucionalidad no debe apreciarse con un criterio formalista o restrictivo, en tanto hoy puede sostenerse -sin hesitar- que excepto cuando resulte prematuro (L. 86.094, sent. del 26-X-2005; L. 77.186, sent. del 24-V-2006; entre otras), cualquier estadio del proceso es válido para desarrollar un embate en tal aspecto (C. 105.079, sent. del 31-X-2012), siempre que (i) se garantice audiencia suficiente o exista posibilidad de contradicción por la contraparte (conf. C.S.J.N., **in re** "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", sent. del 27-IX-2001, LL, 5-XII-2001; C. 103.094, sent. del 11-XI-2009; C. 100.285, sent. del 14-IX-2011; entre otras), con la debida tutela del derecho de defensa en juicio de los litigantes (arts. 18 de la Const. nac.; 15 de la Const. prov.; 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica; P. 104.085, sent. del 11-III-2009; P. 101.124, sent. del 25-III-2009; P. 104.637, sent. del 1-IX-2010; P. 106.192, sent. del 2-III-2011; entre otras), referido a la suficiente oportunidad de ser oídos (L. 64.712, sent. del 19-II-2002),

exigencia que es posible cumplimentar incluso mediante la deducción del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (L. 66.191, sent. del 27-II-2002; P. 104.637, sent. del 1-IX-2010; A. 69.170, sent. del 10-X-2012; entre otras), o a través de la presentación de la memoria que autoriza el art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial contestando el recurso deducido por la contraria (L. 72.258, sent. del 28-V-2003; L. 74.615, sent. del 23-XII-2003; C. 85.129, sent. del 16-V-2007; entre otras), o por la vista conferida a la Procuración General (P. 106.192, sent. del 2-III-2011), o en ocasión de algún traslado que respecto de dicha normativa, aún sobreviniente, pueda llegar a ser dispuesto por el tribunal; o (ii) aún prescindiendo de dicho recaudo cuando, atento fundadas razones de economía y celeridad (L. 86.269, sent. del 30-III-2005; entre otras), la normativa aplicable al caso en juzgamiento haya sido previamente declarada inconstitucional para casos análogos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. C.S.J.N., **in re** "Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" (B.1160.XXXVI) sent. del 19-VIII-2004, LL 2005-F-453; C. 96.507, sent. del 15-IV-2009; C. 100.625, sent. del 3-VI-2009; entre otras), o lo haya sido ~~-mutatis mutandi-~~ por esta Suprema Corte de Justicia (L. 86.354, sent. del 26-IX-2007; C. 89.831, sent. del 1-X-2008; C. 103.094, sent. del 11-XI-2009; C. 105.715,

sent. del 11-VIII-2010; C. 103.417, sent. del 14-IX-2011; C. 85.355, sent. del 20-III-2013; entre otras), o (iii) cuando dentro del marco del principio **iura novit curia** (AC. 63.379, sent. del 21-V-2002; A. 69.391, sent. del 20-X-2007; entre otras), se trate de normativa local que lesione o restrinja de cualquier modo las declaraciones, derechos y garantías enumerados en la Constitución provincial (conf. art. 57, Const. provincial; A. 68.782, sent. del 22-VIII-2008; A. 68.436, sent. del 25-VIII-2010; mi voto en C. 94.669, sent. del 25-IX-2013).

En efecto, en el referido precedente "Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Provincia de Corrientes", la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo en 2001 una variante en su anterior criterio eminentemente prohibitivo de la declaración de la inconstitucionalidad de las normas legales por parte de la judicatura. La pauta que se desprendía de dicha decisión, que habilitaba excepcionalmente a los jueces a ingresar en el análisis de la compatibilidad constitucional de las disposiciones legales aplicables al caso concreto, resultaba operativa cuando previamente hubiera existido una declaración de inconstitucionalidad de oficio ("pura"), o cuando la parte lo hubiera planteado en el recurso extraordinario local -eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio "impura" por solicitud tardía- siempre que la contraparte

hubiera tenido garantizada la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa -presupuesto ineludible que surgía de los votos de los doctores López y Bossert que conformaban la mayoría- ya sea mediante la interposición del recurso extraordinario en el primer supuesto o por la presentación de la memoria en el restante, y antes de que el tribunal se aviniera al conocimiento de la declaración de inconstitucionalidad decretada o del planteo efectuado en tal sentido.

Por ello, en el presente caso, en el que el accionante introdujo la objeción constitucional contra la **ratio** del art. 259 del Código Civil al tiempo de contestar la excepción de falta de legitimación que le opusiera la tutora **ad litem** de la menor involucrada en estos autos, se torna aplicable dicho precedente de la Corte nacional antes referido, debiendo descartarse cualquier objeción vinculada con el eventual carácter extemporáneo o tardío del planteo. Es que sin perjuicio de lo que pueda sostenerse sobre la eventual aptitud vinculatoria de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabe reconocerle en todo caso una innegable gravitación, atento a su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, Const. nac.), por lo que resulta aconsejable adoptar su criterio por razones de celeridad y economía procesal (C. 85.355, sent. del 20-III-2013; entre otras).

Lo expuesto puede entenderse afianzado a partir de la flexibilización de los recaudos habilitantes de la potestad de los magistrados judiciales para ejercer en forma oficiosa el control de constitucionalidad de las normas, recientemente efectuada por el tribunal cimero nacional.

Así pues, con cita de numerosos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Almonacid", del 26-IX-2006; caso "Trabajadores cesados del Congreso", del 24-XI-2006; caso "Ibsen Cárdenas", del 1-IX-2010; caso "Gomes Lund", del 24-XI-2010; caso "Fontevecchia y D'Amico", del 29-XI-2011; entre otros), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer una especie de "control de convencionalidad" de oficio entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, con el objeto de que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; debiendo en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia, tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo

haya hecho la Corte Interamericana (Fallos: 330:3248; 333:519).

Agregando luego que, al no haber ya lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado, resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango, siempre que en el pleito haya quedado palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entrañe un desconocimiento o una restricción manifiestas de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución (C.S.J.N., **in re** "R. 401. XLIII. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y

perjuicios", sent. del 27-XI-2012).

Por lo expuesto, cabe recibir las objeciones del recurrente, fundadas en la tempestiva introducción de la cuestión constitucional a la litis.

2. Pues bien, cabe ingresar entonces en el análisis de la validez constitucional del art. 259 del Código Civil, conforme al cual, el pretense padre biológico carece de legitimación para instar la impugnación de la paternidad matrimonial del marido de la madre de su supuesto hijo (Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993), por lo que tampoco la posee para canalizar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial respecto de éste (arg. arts. 243, 252, Cód. Civil; en similar sentido, Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999).

Y en este ámbito, considerando las circunstancias acreditadas en autos, no es posible recibir la impugnación constitucional de la citada norma.

Es que la falta de incorporación del pretense padre biológico entre los legitimados activos para impugnar la paternidad matrimonial lícitamente concebida responde de ordinario a una solución de aceptable política legislativa que tiende a la tutela de la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia (conf. Zannoni, Eduardo "Derecho Civil. Derecho de Familia", 5º Edic., Astrea, Buenos Aires, 2006, t. II, pág. 463), que en

opinión del legislador constituye el valor más beneficioso para el hijo, especialmente en su etapa formativa, a quien se le permite -atento resultar de su inherencia personal- el conocimiento en todo tiempo de su identidad biológica a través del desplazamiento de una filiación no acorde con el lazo biológico (conf. antecedentes parlamentarios de la ley 23.264, Cam. Dip. Nac. 1985, reunión 46, p. 7578; C.S.J.N., **in re** "D. de P. V., A. c. O., C. H.", sent. del 1/XI/1999; Fallos, 322:2701).

A. Por un lado, la taxativa enunciación de los legitimados activos para impugnar la paternidad matrimonial no constituye una regulación discriminatoria referente a la protección de la ley, ni viola la garantía constitucional de la igualdad por trato en el goce de los derechos que se reconocen a otros en situaciones que se pretenden similares, pues el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que "el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Estrada Editores 1898, N° 107, p. 126), donde 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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4 Capítulo IV, párrafos 56 a 58; C.S.J.N., Fallos, 322:2701).

En este orden de ideas, la situación del padre matrimonial y el presunto padre de un menor no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El artículo 259 del Código Civil, que atribuye al marido y no al presunto progenitor la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, suministra al primero la vía legal para destruir una presunción legal -que no pesa, obviamente, sobre quien carece de dicha calidad- a fin de que el sujeto sobre quien opera la 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 (en sentido análogo, C.S.J.N., Fallos, 322:2701).

Tampoco constituye la disposición normativa cuestionada una discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial incompatible con la igualdad de efectos a que se refiere el artículo 240, 2° párrafo, del Código Civil, pues tal interpretación de la

ley no discrimina desde el punto de vista valorativo a los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, cuyos derechos no sufren mengua, ya que ambos poseen legitimación, siendo en cambio razonable respecto a los padres, ya que vincula la distinción con una circunstancia de hecho diferencial como lo es la concepción del hijo durante el matrimonio. No se trata pues de una calificación de las filiaciones y no se infringe la equiparación de los efectos que establece el citado artículo 240 del Código Civil (Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993).

En estos casos, el derecho a la intimidad del niño queda resguardado con la identidad familiar que obtiene al nacer en tanto es hijo matrimonial de un hombre y una mujer no divorciados ni separados, la que con el correr del tiempo se va afianzando y consolidando, en tanto que si la situación no fuere así y ello resultare perjudicial o manifiestamente riesgoso para el hijo, éste puede impugnar la paternidad en todo tiempo, con la intervención directa del representante promiscuo (conf. Dictamen del Defensor de Menores ante la Cámara, en CNCiv., sala M, 22-V-2000, ED, 188-617). Justamente, de esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares consolidados, conforme a la ponderación efectuada por el

Poder Legislativo de la Nación, surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de la impugnación de paternidad, consagrada por la reforma de la ley 23.264 (C.S.J.N., Fallos, 322:2701).

B. De esta forma, la presunción de paternidad matrimonial, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, tiene su fundamento en el valor institucional de la familia matrimonial y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Tanto la Constitución nacional (arts. 14 bis, 75 incs. 19, 22 y 23, y ccdtes.), su par provincial (arts. 11, 36.1 y ccdtes.), como los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hallan en juego en este caso contienen manifestaciones evidentes de la valoración de la familia matrimonial como realidad indispensable al bien personal y al bien común (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17, párrafos 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1).

Ese interés familiar, al que podemos intentar definir -en una primera aproximación- como el conjunto de bienes necesarios para alcanzar un desarrollo en plenitud de los fines de la familia, reposa en la conexión orgánica que se da entre los miembros de la

familia, ya que, careciendo de personalidad jurídica, lo que sí es posible hallar -desde su mismísimo origen- es un vínculo mutuo de interdependencia personal y destino común entre sus miembros (conf. Neppi, Víctor en su Estudio preliminar y adiciones de derecho argentino a la obra de Cicu, Antonio, "El Derecho de Familia" -Traducción de Santiago Sentís Melendo-, Ediar, Buenos Aires, 1947, pp. 16/20; también, Castán Tobeñas, José "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tª V, Vol. 1,8a. de., Reus, Madrid, 1961, pp. 40/41), que si bien resulta sustancialmente introspectivo, correspondiente a las relaciones internas del grupo, posee una evidente proyección y trascendencia a lo exterior, pues la tutela constitucional que el mismo merece impone que en caso de colisión deba prevalecer por sobre cualquier manifestación de un interés individual exógeno que lo colisione tan gravemente que lisa y llanamente lo enerve trascendentemente (arg. arts. 14 bis, 75 incs. 19, 22 y 23, y ccdtes., Const. nacional; art. 17, párrafos 1 y 2, Pacto de San José de Costa Rica; art. 10.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 11, 36.1 y ccdtes., Const. provincial).

Y en relación con los integrantes de la familia, si bien "debe valorarse (al interés familiar) como

medio de protección del interés individual dentro del núcleo y sobre la base de que su amparo satisfaga los fines familiares" (Díaz de Guijarro, Enrique "Tratado de Derecho de Familia", T^a I, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, Nos. 25; pp. 31/33), de modo que las formas familiares no pueden estar divorciadas del afecto que necesariamente el derecho debe alentar y presuponer existente entre sus integrantes, aunque de ninguna manera pueda imponerlo, ya que en rigor todas las instituciones jurídicas deben estar al servicio del sujeto y su dignidad, posibilitando la realización del ser humano como individuo plenamente autónomo y capaz de elegir con absoluta libertad su destino personal; con la consagración de su tutela no se aniquila ni subestima ese interés individual, sino que sólo se determina su medida en función de los deberes y compromisos asumidos. En rigor no se trata de intereses autónomos, independientes, sino meramente distintos, aunque íntimamente vinculados. Tributando al interés familiar, el individual se depura de elementos negativos que en definitiva lo perjudican, como son el egoísmo y la falta de solidaridad, una suerte de autismo y el despojo de toda idea de comunidad y de reconocimiento del otro (conf. nuestro artículo, "El interés superior del menor ¿Es superior a todo otro interés?", presentado ante el X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El derecho de

Familia y los nuevos paradigmas", Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Comisión Nro. 2: "El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas", Libro de Ponencias, T° II, págs. 1/24).

C. Ciertamente es, no obstante, que ese interés familiar debe ser apreciado en función de las particulares circunstancias de tiempo y lugar que configuren la cultura de un pueblo dado en un momento determinado, tratándose de una pauta flexible, edificada sobre principios cuya proyección debe efectuarse sobre aquellas realidades circunstanciales. De esta forma, el juzgador debe establecer qué bien esencial a esos fines se encuentra comprometido por la situación concreta planteada, y en una segunda operación intelectual optar, entre todas las variantes posibles a que dé lugar la misma, por la que más se aproxime a la satisfacción de aquél interés o, en su caso, la que menos lo afecte.

Así, la situación de marras y los valores en eventual contradicción y tensión me conducen a descartar cualquier solución que no priorice la tutela de ese interés familiar, que en el presente caso se apotoca ostensiblemente en el conteste y concordante superior interés de la joven M. (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los derechos del Niño; arts. 1°, 18,

31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; art. 4, 5, 6, 7 y ccdtes., Ley 13.298; C.S.J.N., Fallos: 318:1269; entre otros).

De las constancias de la causa surge inequívocamente que M. , que a esta altura bien conoce las resultas del presente proceso y sus posibles consecuencias en sus derechos (fs. 213), ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido con quienes llama "sus padres", que no desea modificar. Se encuentra contenida en su familia, la que constituye ámbito de pertenencia y su centro de vida, sobre el cual ha edificado su personalidad, sus afectos, sus sentimientos, sus ansias, proyectos y sueños. Sólo el demandado ha asumido verdaderamente frente a la joven y ante sus ojos, en forma pública, estable, prolongada y en plenitud, los deberes propios de tal vínculo. Por el contrario, el pretense padre biológico no ha tenido ninguna intervención en estos más de dieciséis años de vida de la joven (fs. 213, 214/5, art. 384, C.P.C.C.; arg. arts. 1º, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Const. nacional; arts. 1, 11, 36.1, Const. provincial).

Así, merced a la preexistencia de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados, en tanto la posesión de estado consolidada no posee origen en

el delito, el interés de la menor en comunión con el superior interés familiar corroboran el carácter razonable de la limitación normativa (art. 1º, 14 bis, 18, 28, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Const. nacional).

En este estadio, resulta necesario reconocer que no es posible imponer dogmáticamente al hecho de la procreación como única fuente de la filiación jurídica. Al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social, afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana (Álvarez Caperochipi, Jorge "Curso de Derecho de Familia", t. II, Civitas, Madrid, 1988, pág. 70/2) y es de recibo por el derecho, desde una perspectiva dinámica, a partir de la incorporación constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 , Const. nacional) y el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo, de modo que en los casos de posesiones de estado consolidadas que no posean origen en el delito, no tiene porqué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato (Mizrahi, Mauricio "Posesión de Estado, filiación jurídica y realidad biológica", LL, 2004-A-1198; en similar sentido, Belluscio, Augusto "Desconocimiento del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad", LL, 2006-D-14).

Referir la identidad sólo al origen deja de lado la parte relativa a la adaptación del individuo al medio externo, es decir, a su forma de relacionarse con el mundo que lo rodea. Su identidad personal resulta de un devenir y su origen biológico no puede confundirse con la identidad misma, que es aquello que va a determinar que sea lo que es y no otra cosa, resultando tan esenciales como aquél, el posterior crecimiento, desarrollo y muerte a los efectos de conformar esa impronta personal (en tal sentido, Fernández Sessarego, Carlos "El derecho a la identidad personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 115 y ss.). El individuo nace, crece, se desarrolla y muere a través de una secuencia de hechos y actos que delinearán como un buril implacable su identidad. Ésta se construye todos los días, se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por la persona a lo largo de su existencia, se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras (conf. nuestro artículo "La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen?", JA, 1998-III-1006).

Pues bien, atento dichas circunstancias, frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con su identidad de origen, el mejor interés de M. en este momento no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar construida con quienes han cumplido siempre los roles de madre y

padre. El principio precautorio y la justicia del caso, que tiene por objetivo resguardar la entera situación compleja en la cual se inserta, imponen que la injerencia estatal en la vida íntima y familiar de la joven, deba hoy tutelar el mantenimiento del consolidado vínculo afectivo forjado durante todos estos años (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; arts. 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; art. 4, 5, 6, 7 y ccdtes., Ley 13.298).

Por ello, me resulta incontrovertible que puestos en la mira del superior interés de la menor a partir de una apetencia de justicia realista -en el sentido enfático que consagra el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional- y humana, despojada de formalismos estériles, corresponde hoy tutelar esos estrechos lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, consolidando la adaptación a su medio actual y eliminando el temor a la pérdida del afecto de aquellos a quienes también quiere, de modo que las resultas de este proceso la conduzcan al buen puerto de que sea ella quien -en cualquier tiempo- decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse forzosamente afectada por

efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones (arg. art. 259, Cód. Civil).

D. Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto ante esta instancia (fs. 213), tuvimos oportunidad de tomar conocimiento de la persona de la joven, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, tal como refiere la señora Asesora de Incapaces en su presentación de fs. 214/5, las que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (conf. arts. 7, 8, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22, Constitución nacional).

E. En suma, de "lege lata", cabe concluir que el mentado art. 259 del Código Civil satisface, en su aplicación al caso, el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por el recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional (en sentido análogo, C.S.J.N., **in re** "D. de P. V., A. c. O., C. H.", sent. del 1/XI/1999; Fallos, 322:2701).

Así, en casos como el presente, el único camino para impugnar una filiación matrimonial lícitamente constituida y verdaderamente consolidada está dado por la acción que el art. 259 del Código Civil le confiere al marido y al hijo a efectos de desvirtuar mediante prueba en contrario la presunción **iuris tantum** que establece el art. 243 del mismo ordenamiento (Ac. 46.431, sent. del 5-X-1993; también, Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Familia", 9° Edic., Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, pág. 27; Mazzinghi, Jorge, "Tratado de Derecho de Familia", 4° Edic. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006, T. IV, pág. 39; López del Carril, Julio, "La legitimación activa. Inexistencia de tutela especial", LL, 1989-C-447).

Ahora bien, sin perjuicio de lo aquí resuelto, es también el superior interés de la joven (arts. 1, 3, 7, 8 y conchs. Convención sobre los Derechos del Niño) el que exige se preserve de algún modo la fuente de conocimiento que, eventualmente, le permita ejercer por sí misma en el futuro el derecho a establecer fehacientemente su identidad de origen. En consecuencia, en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura propongo disponer que el tribunal de origen deba preservar las presentes actuaciones a los fines de que la joven pueda acceder a las mismas, lo que deberá serle oportunamente comunicado por el Asesor de Menores interviniente (art. 36 incs. 2° del

C.P.C.C.; arg. arts. 127, 253, 255, 285, 921 y concs., Cód. Civil; arts. 23 incs. 1º, 3º, 4º y concs., ley 12.061).

II. Pues bien, habida cuenta de lo expuesto precedentemente, considero que cabe rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído. Costas a la parte vencida (art. 289 C.P.C.C.).

Por lo expuesto, voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Dada la forma en la que he resuelto la primera cuestión, este recurso es acogido en los mismos términos y con el mismo alcance que el anterior, por argumentos que no creo necesario exponer nuevamente.

Voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. La señora Asesora de Menores interpuso el presente recurso en el que denuncia la violación de los arts. 1, 3 incs. 1, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional y 29 del Pacto de San José de Costa Rica, a la par que reitera los argumentos por los que entiende pasible de declaración de inconstitucionalidad el art. 259 del Código Civil.

II. De conformidad con lo expresado por el señor

Subprocurador General, este recurso tampoco puede prosperar.

a) Zanjada la cuestión de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio, en una argumentación que no creo necesario exponer nuevamente aquí, me remito a lo dicho al respecto al adentrarme en el tratamiento de la cuestión anterior (v. punto 1).

b) En lo que hace a la inconstitucionalidad incoada por la señora Asesora de Menores, dado que el tema ha quedado expuesto en extenso más arriba (primera cuestión) y que los argumentos desarrollados por la quejosa no pueden tener otra respuesta, por razones de brevedad, me remito a lo allí dicho dándolo aquí por reproducido.

Doy mi voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Hitters dijo:

Al igual que mi colega, doctor de Lázzari, considero que este interrogante ha tenido debido abordaje al expedirme sobre la primera cuestión, a la que remito.

Voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Genoud dijo:

Por los fundamentos expuestos al abordar la primera cuestión, a los cuales me remito, considero que este recurso tampoco puede tener favorable acogida.

Voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Soria dijo:

Por los fundamentos expuestos al tratar la primera cuestión, considero que el recurso debe prosperar.

Voto, en consecuencia, por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Pettigiani dijo:

Al igual que los colegas que me preceden en el orden de votación considero que los agravios traídos a esta instancia por la señora Asesora de incapaces merecen semejante respuesta a la que brindaron a la primera cuestión, a los que por razones de brevedad cabe remitirse, dándolos aquí por reproducidos.

Voto en consecuencia, por la **negativa**.

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, por mayoría, se rechazan los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley de fs. 98/113 y 115/126; con costas (arts. 84 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario