

**Revista  
de la  
FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**Número Extraordinario**

**Nueva serie**

**Año 4 - N° 7**

**EDITORIAL DUNKEN**  
Buenos Aires  
2010

## ÍNDICE

### Editorial

*Prof. Dr. Jorge Eduardo Buompadre*..... 15

### Doctrina

**Juan Bautista Alberdi – 1810-1884 “El ciudadano de la soledad”**

*por Luis E. Alegre* ..... 19

**Aproximación al concepto de industrias culturales: su incidencia en la economía y normativa aplicable**

*por Augusto H. L. Arduino y Ángel Héctor Azeves*..... 23

**Injuria y afectación del soporte material del bien jurídico-penal protegido. Otra vez sobre las aporías que produce la “mera exégesis” en la Parte Especial del Derecho Penal**

*por Fabián I. Balcarce* ..... 51

**Sistema penal y diversidad cultural. (La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal actual)**

*por Ricardo Angel Basílico* ..... 69

**Tarifa de agua potable y servicios ambientales. Analisis y propuestas en el caso de Corrientes**

*por Alba Esther de Bianchetti , Miguel Andrés Goldfarb y José Horacio Grandó* ..... 93

**De la despenalización al aborto libre. La ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en España**

*por Jorge Eduardo Buompadre* ..... 113

<b>Detenciones y requisas policiales. El “Estado de Sospecha” en la jurisprudencia local</b> <i>por Pablo N. Buompadre</i> .....	151
<b>La prescripción de las acciones que emergen de la garantía por vicios redhibitorios en el ámbito del consumo</b> <i>por Ricardo Sebastian Danuzzo</i> .....	189
<b>Conflictivos D.N.U. Una visión filosófica, sociológica y constitucional</b> <i>por Gabriela Noemi Elgul</i> .....	197
<b>La adopción en el Siglo XXI: análisis a la luz de la Convención de los Derechos del Niño</b> <i>por Claudia Karina Feldmann</i> .....	209
<b>Intereses individuales homogéneos</b> <i>por Juana Fernández Balfhor de Vigay</i> .....	229
<b>Nuevas figuras asociativas, cadenas y vinculación territorial</b> <i>por Susana Alejandra Fridman y Haraví Eloisa Ruiz</i> .....	235
<b>El Estado y la economía</b> <i>por Enrique Eduardo Galiana</i> .....	253
<b>Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno</b> <i>por Ramón Luis González</i> .....	265
<b>El concepto de derecho (H. L. A. Hart)</b> <i>por Daniel Gualberto Gómez</i> .....	279
<b>Fideicomiso</b> <i>por Claudia Jaimez</i> .....	315
<b>La construcción de una legalidad democrática</b> <i>por Mario Alberto Juliano</i> .....	329

<b>Algunas reflexiones en torno a la facultad del querellante de dar inicio al proceso penal ante la postura desincriminante del Ministerio Público Fiscal</b> <i>por Nicolás Laino</i> .....	375
<b>Mayoría de Edad a los 18 años. Ley N° 26.579</b> <i>por Raúl Gustavo Lozano</i> .....	389
<b>En torno al concepto del bien jurídico en el delito tributario, ¿defraudación sin error o especialidad delictiva? Una revisión crítica de las posturas doctrinarias y a la vez la propuesta de solución</b> <i>por Leandro Andrés Maciel</i> .....	397
<b>El derecho Internacional y el Derecho Argentino, a propósito del Bicentenario patrio. (La cuestión de los Derechos Humanos y la integración regional)</b> <i>por Jorge R. Mariño Fages (h)</i> .....	421
<b>Las perspectivas actuales del concepto de igualdad</b> <i>por Ricardo E. Martín</i> .....	437
<b>La orientación unitaria en el Derecho Procesal</b> <i>por Cecilia Mayo de Ingaramo</i> .....	443
<b>IV Jornadas del Círculo de Estudios Wittgensteinianos: Lenguaje y Mundo</b> <i>por Joaquín E. Meabe</i> .....	451
<b>Los procesos urgentes en el Derecho Positivo argentino. Estudio comparativo sobre la base de los regímenes vigentes y proyectados</b> <i>por Marcelo Sebastián Midón</i> .....	461
<b>Centuria de transformaciones para el Derecho Constitucional</b> <i>por Mario A.R. Midón</i> .....	499

<b>La reforma a los Delitos contra el Honor</b> <i>por Gonzalo Javier Molina</i> .....	521
<b>El acceso a la justicia de los sectores más vulnerables</b> <i>por María José Nicolini de Franco</i> .....	537
<b>El registro público de comercio y su sistematización en la Argentina</b> <i>por Silvana Soledad Ortiz</i> .....	557
<b>La función notarial</b> <i>por Roberto Mario Ortiz Yagueddú</i> .....	577
<b>Notas sobre la ley 25.742: a propósito del secuestro</b> <i>por Godofredo Héctor Pérez Dudiuk</i> .....	593
<b>El boleto en la compraventa inmobiliaria: su alcance jurídico</b> <i>por Pedro Pablo Perrotti</i> .....	607
<b>El Derecho Penal en tiempos del Centenario de la Revolución de Mayo</b> <i>por José L. Puricelli</i> .....	613
<b>Algunas reflexiones sobre la construcción centralista de Buenos Aires en los albores de la Revolución de 1810</b> <i>por Dardo Ramírez Braschi</i> .....	643
<b>La concesión de aguas y cloacas en la provincia de Corrientes: de la privatización a la renegociación</b> <i>por Luis Eduardo Rey Vázquez</i> .....	651
<b>Inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil por falta de legitimación activa de la madre matrimonial</b> <i>por María Aurora Roch Benítez</i> .....	695

<b>Nuestra Facultad como parte de la historia de la enseñanza del “Derecho Ambiental” en la República Argentina</b> <i>por Carlos Aníbal Rodríguez</i> .....	713
<b>Las personas públicas no estatales ¿son personas públicas?</b> <i>por Rodolfo Roquel</i> .....	723
<b>El neoinstitucionalismo económico</b> <i>por Alfredo Isaias Saade</i> .....	729
<b>Breves reflexiones sobre el consentimiento en el Derecho Penal</b> <i>por Isidoro Sassón</i> .....	743
<b>La evolución del concepto de contrato</b> <i>por Carlos Silvero Fernández</i> .....	761
<b>La contratación de seguros para casos de responsabilidad estatal</b> <i>por Mirta G. Sotelo de Andreau</i> .....	773
<b>El Instituto del Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional</b> <i>por Carlos Vicente Soto Dávila</i> .....	789
<b>Proceso penal constitucional. (Libertad durante el proceso, “juicio abreviado”, oportunidad y necesaria promoción fiscal de la acción)</b> <i>por Gustavo L. Vitale</i> .....	813
<b>El fallo paradigmático que deja a las <i>Off Shore</i> fuera de la aplicación del llamado “<i>Forum Shopping</i>”</b> <i>por Hilda Zulema Zárate y Verónica Torres de Breard</i> .....	847
<b>La vocación monárquica y el Congreso de Tucumán</b> <i>por Héctor J. Zimerman</i> .....	861

**Vida Universitaria**

<b>Novedades .....</b>	<b>877</b>
<b>Material bibliográfico de docentes .....</b>	<b>879</b>
<b>Actividades de posgrado .....</b>	<b>885</b>

# **INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 259 DEL CÓDIGO CIVIL POR FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA MADRE MATRIMONIAL**

MARÍA AURORA ROCH BENÍTEZ<sup>1</sup>

## **I. Acción de impugnación de la paternidad matrimonial**

### ***1. Introducción***

Reviste especial importancia, analizar la carencia de legitimación para actuar que pesa sobre la madre del hijo; su posibilidad de legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial en función de la incidencia de los tratados internacionales incorporados con la reforma de 1994, del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, entre los cuales por su relevancia en el tema que aquí se trata, se analizarán las normas pertinentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño. Así como también, las implicancias sociales y psicológicas que tal privación conlleva.

### ***2. Ubicación***

Las acciones de impugnación de la filiación, están incluidas conformando el capítulo IX, desde el art. 258 al 263 y abarcando la impugnación de la paternidad matrimonial, de la maternidad matrimonial.

Su especie, la acción de Impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial, esta reglada en el art. 259 del Código Civil Argentino.

<sup>1</sup> Abogada, Jefe de Trabajo Práctico de Derecho de Familia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

### 3. *Determinación del concepto*

La acción de impugnación de la paternidad matrimonial es la que se confiere al marido para desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción *iuris tantum* de paternidad de los hijos que da a luz la mujer casada desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días posteriores a su disolución o anulación. Es acción declarativa, de contes-tación de estado, y de desplazamiento del estado de familia; su progreso implica que el hijo queda en la condición de hijo extramatrimonial de la madre, y puede ser reconocido por su verdadero padre. Así lo establece el artículo 258, primer párrafo, 1º y 2º parte, Código Civil, texto según la ley 23.264”, el marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen...”.

En tanto la primera parte del artículo 259 innova en cuanto a la legitimación activa en esta acción, al establecer que “la acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo”.

La aptitud conferida al hijo por la ley 23.264, constituye un avance en la materia ya que Código Civil argentino en su redacción originaria, el art. 256 del Código Civil establecía mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimación del hijo concebido durante el matrimonio”. Vélez Sarsfield, siguió en la materia el criterio preva-lente en la época; así lo establecía el Art. 316 del C. Civil Francés; el Art. 1474 del Esboço de Freitas.

El Art. 259 del Código Civil Argentino establece, “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”.

El citado artículo confiere acción al *marido*; a los herederos del ma-rido, si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad

establecido en éste artículo y al *hijo*. Pero es de advertir que su acción no tiene plazo de caducidad como la del padre, caduca por su muerte, ya que no se prevé su transmisión a sus herederos.

La norma omite a la madre y al padre biológico como legitimados activos.

#### **4. Opinión de los tratadistas**

La legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial es un tema que ha planteado discusiones en el marco legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

##### **4.1. La falta de legitimación de la madre:**

Argumentos basados en la falta de ética, e inmoralidad de la madre al invocar su propio adulterio; y en la persecución por esta de beneficios patrimoniales, e intereses individuales: Para Belluscio<sup>2</sup>, no parece haber motivos para modificar la doctrina unánime en el sentido de que la madre no puede entablar la acción aunque sea heredera de su marido, pues ello importaría invocar su propio adulterio, es decir, su propia torpeza. Borda<sup>3</sup>, es coincidente con Belluscio, en que no puede ella invocar su propio adulterio por ser inmoral, por lo que la solución es lógica. En igual sentido opina María Josefa Méndez Costa<sup>4</sup> que no cabe discutir la afirmación de lege lata de la no legitimación activa de la madre. Que la doctrina se pronuncia a favor de la privación de aptitud impugnadora de la madre en virtud de consideraciones éticas y morales porque es inmoral valerse del propio adulterio, esgrimir la propia torpeza como fuente del derecho a contradecir la filiación matrimonial del hijo. Zannoni<sup>5</sup>, coincide con Méndez Costa, en que de lege lata no se puede admitir que la madre actúe como legitimada autónoma para impugnar la paternidad matrimonial del art. 259. Continúa argumen-

<sup>2</sup> Belluscio, Cesar A. Manual de Derecho de Familia, tomoII, pág. 222.

<sup>3</sup> Borda, Manual de Derecho de Familia. Undécima Edición.

<sup>4</sup> Méndez Costa, María Josefa, Tratado de Derecho de Familia Tomo III.

<sup>5</sup> Zannoni, Eduardo, Tratado de Derecho de Familia, II Tomo.

tando la citada Profesora<sup>6</sup> la madre no deja de perseguir un beneficio personal apoyándose en su comportamiento ilegítimo porque obre en procura del auténtico emplazamiento familiar de aquel si bien no media adulterio en el caso de que haya nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, supuesto en que tampoco es admitida a impugnar (art. 260)<sup>7</sup>. También afirma que el solo oponerse a la aplicación normal de la presunción de paternidad matrimonial implica el ejercicio de un derecho que es imposible desvincular de la violación del deber de fidelidad conyugal en que el hijo fue concebido, además de que no será difícil detectar en la pretensión materna la persecución de intereses individuales, por ejemplo el ejercicio unipersonal exclusivo de la patria potestad por la esposa adúltera mediante la exclusión del marido que no fuera padre, si no le sigue la determinación de la paternidad extramatrimonial.

#### *4.2. Argumentos basados en la trascendencia de la institución matrimonial*

Según la misma autora, “hay razonamientos aún más irrefutables para rehusar la acción de la madre aunque hacerlo signifique negar la preeminencia del nexo biológico”. Esos razonamientos parten de la trascendencia del matrimonio como institución ordenadora de la vida social y afirma luego: “no puede negarse que el matrimonio confiere, en principio certeza a la paternidad. Y esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y mas difícil su impugnación”.<sup>7</sup> Aclara, Méndez Costa<sup>8</sup> que en la materia es gravísima la tensión entre el acatamiento a la igualdad intrínseca de todos los seres humanos (tanto a lo que hace a varón y mujer, como en lo que respecta a los hijo dentro y fuera del matrimonio) y la necesidad de una sistematización jurídica de la vida de la pareja y su descendencia que ofrezca a los miembros del grupo las mejores condiciones para su desarrollo en plenitud y los mayores benefi-

<sup>6</sup> Ídem 3.

<sup>7</sup> Rivero Hernández, citado por Méndez Costa, M.J. ob. cit.

<sup>8</sup> Ídem 3, op. cit.

cios para la sociedad. Asegurar el respeto por la verdad biológica y proteger la institución matrimonial revisten, al menos, *pareja importancia*". Aquella debe prevalecer indudablemente frente a un absurdo régimen cerrado que impidiera toda investigación de la verdadera paternidad en colisión con la presumida matrimonial; ésta impone el equilibrio que puede lograrse poniendo la impugnación en limitadas manos, esto es, la de los sujetos directamente vinculados, el marido y el hijo".

En idéntica postura, López del Carril<sup>9</sup> opina que la ley 23.264 importa un ataque a la familia legítima matrimonial que aparece claramente disminuida, tanto en los valores ético-sociales cuanto en la trascendencia jurídica.

Para Mazzinghi<sup>10</sup> critica el argumento de que el reconocimiento de la acción a la madre, tendría a sus ojos, la ventaja de que igualaría a ambos cónyuges y permitiría establecer cuanto antes la verdadera filiación. La óptica que inspira estas reflexiones parece concentrada en alcanzar la simetría jurídica que he irrumpido como una idea fija en leyes y sentencias de los últimos años.

Si bien, el Profesor<sup>11</sup> no hace cuestión ha cerca de la infidelidad de la madre, no cree que ella tenga derecho a hacer público el extravío de su conducta, y asentar al hijo el presente griego de su propio adulterio, arrancándolo de su familia legítima, para relacionarlo a su mero arbitrio, con el tercero a quien ella concedió indebido acceso.

En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se presentaron ponencias con respecto a la interpretación de *lege lata* de este artículo, atribuyendo legitimación activa impugnatoria a la madre<sup>12</sup>, como así también<sup>13</sup> proponiendo de *lege ferenda* que el art. 259 del C<sup>o</sup> Civil atribuya aptitud impugnatoria de la paternidad matrimonial a la madre. La

<sup>9</sup> Lopez del Carril, Julio J., "La legitimación activa, inexistencia de tutela especial", L.L. 1989-C-450.

<sup>10</sup> Mazzinghi, Jorge A. "Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido; un elogiado fallo de la Corte" E.D. 185-462.

<sup>11</sup> Mazzinghi, Jorge A. ob. Cit.

<sup>12</sup> Ferrero, Mariana, en ponencia presentada en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires 2004.

<sup>13</sup> Roch Benitez, María Libro de conclusiones de ponencias presentadas en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As. 2005.

discusión fue ardua.<sup>14</sup> Finalmente, luego de fracasar en la votación la propuesta de lege lata antes mencionada, se aprobó por mayoría; nueve (9) a favor, ocho (8) en contra y dos (2) abstenciones, la recomendación de reformar el art. 259 del Código Civil, confiriendo legitimación activa a la madre.

## II. La interpretación y aplicación jurisprudencial del artículo 259

La interpretación judicial muestra dos caras al decir de Bidart Campos<sup>15</sup>, las cuales califica así: una como de rigidez legalista; otra, como de elasticidad constitucional. La primera endurece a la ley sin cotejarla a fondo con el bloque de constitucionalidad (constitución “mas” tratados de jerarquía constitucional). La segunda no atropella a la ley ni prescinde de ella, pero la compatibiliza con normativas de rango superior.

La jurisprudencia<sup>16</sup>, ha afirmado que según la interpretación literal de dicha norma la enumeración que ésta hace no es ejemplificativa, sino que hay sólo dos personas que pueden iniciar el proceso –padre e hijo– y este es menor; su representación no puede corresponder a la madre, toda vez que ello importa precisamente la apertura indiscriminada de la cláusula limitativa prevista en el art. 259 del Código Civil. Ello tampoco puede ser salvado mediante la designación de un tutor ad litem, en tanto el proceso ha sido instado por la presentación de la madre a la que se le da la suficiente relevancia jurídica para acceder a esa designación.

Si la legitimación que se le da al hijo por el art. 259 para impugnar la paternidad legítima, significa, una estocada contra la familia legítimamente constituida, mayor gravamen causa que se admita la legitimación de la madre para formular la denuncia y la intervención de un tercerotutor Ad litem-centro de la estructura familiar. Esta interpretación no importa vedar al hijo la promoción de la acción pendiente su minoría de edad, dado que la acción puede ser impulsada en tal supuesto por el

<sup>14</sup> Prof. Perrino, Oscar; aseveró en esa oportunidad, que las ponentes en la materia querían legalizar el adulterio.

<sup>15</sup> Bidart Campos, German J. Una sentencia ágil en busca de la verdadera Filiación de un menor. L.L.t. 2002-C.

<sup>16</sup> C.N. Civ. Sala B, 5/9/88”, O., S.c.O., C”L. L.1989-C-448. Nota de. Lopez del Carril.

asesor de menores en uso de las facultades de representación conferidas por el art. 59 del Código Civil.<sup>17</sup>

El mismo órgano jurisdiccional, en otro fallo establece en el mismo sentido y puntualiza otros conceptos concordantes con la doctrina mayoritaria, cuando expone que la disposición del art.259 del Código Civil, que otorga al marido y no a la esposa la impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino; se trata del medio que la ley suministra al esposo para desvirtuar la presunción legal de paternidad de los hijos de su cónyuge, desligándose así de las consecuencias de una paternidad que le es ajena; en cambio, la negativa de la acción de la madre, se ha fundado en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ya que implicaría invocar su propio adulterio.

En tales términos, el dispositivo legal no afecta la igualdad que procura tutelar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, sino que se trata de un problema de política legislativa, en donde el legislador consideró conveniente otorgar el ejercicio de la acción exclusivamente al marido de la madre y al hijo y no a la progenitora, siendo esta última circunstancia la que pone en evidencia que no se trata de una distinción fundada en el sexo sino que atañe a otras valoraciones.<sup>18</sup>

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 1º de noviembre de 1999, en los autos "D. de P.V., A. c/O., C.H. s/ Impugnación de la Paternidad", falló, en oportunidad de resolver el recurso extraordinario contra la Resolución de la Cámara Nacional Civil, Sala B, que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil de la Nación, consecuentemente desconoció legitimación a la esposa para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial confirmando lo resuelto en la instancia anterior. Es relevante considerar la fundamentación de los votos en disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert, y Vázquez.

La exclusión en el ejercicio de la acción prevista por el art. 259, es un resabio de la antigua legislación en la cual el hombre era dueño y

<sup>17</sup> Ídem 15.

<sup>18</sup> C.N. Civ., Sala B, 2/4/97", D., AC.O., C.H."J.A. 1999-III.

señor en el manejo de los intereses familiares, quedando la esposa sometida a esas potestades. La legislación actual mantiene limitaciones discriminatorias como las referidas, que luego de la reforma constitucional resulta notoriamente violatoria de los principios básicos de la igualdad.

Finalmente la consideración de que la acción puede ser ejercida por el menor cuando adquiera la madurez suficiente, importa a su juicio, desconocer los intereses del menor, pues ellos deben ser satisfechos cuando la necesidad aparece, y en modo alguno puede postergarse hasta una edad determinada, ya que en ese tiempo la solución puede ser tardía y el daño irreparable.

A los fines de una correcta solución del problema no debemos olvidar que la reforma de la Constitución de 1994 ha incorporado los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales. Y en lo que aquí interesa hay que destacar la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, que proclama en el artículo primero “...*Que la discriminación contra la mujer, en cuanto niega o limita su igualdad de derecho con el hombre, es injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana...*”. Por todo ello, correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y declarar la inconstitucionalidad del Art. 259 en tanto se interpreta, que veda el ejercicio a la esposa de la acción de impugnación de la paternidad.

### **III. Principios constitucionales que fundamentan la legitimación activa de la madre**

#### ***Derecho a la Identidad:***

La identidad personal, de jerarquía constitucional, es un derecho personalísimo, que encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano; y en su dimensión jurídica, es lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, interés merecedor de tutela y atribución de facultades de actuar para satisfacerlo. Este poder implica la facultad del sujeto de exigir que se admita y se respete lo suyo y que no se le atribuyan hechos o calidades ajenas, incompatibles con las propias. Pero

ante todo, presupone la posibilidad de forjar su identidad y de obrar conforme a ella.<sup>19</sup>

Supone la exigencia del respeto a la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada.<sup>20</sup>

Entre las múltiples manifestaciones del derecho a la identidad, se señalan el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, el derecho a una libre y sana formación de la identidad personal.<sup>21</sup>

El derecho a la identidad personal se nos exhibe como piedra angular en el primer tramo visible de la formación de la identidad de la persona y comprende la protección de todas y cada una de las facetas del patrimonio biológico, psíquico y espiritual del hombre.<sup>22</sup>

Por su parte el derecho a la identidad familiar, es el antecedente que posibilita la formación de los aspectos dinámicos de la identidad y su protección. La identidad, tiene un contenido estático y uno dinámico; el estático incluye el nombre, las características físicas, la edad y el dinámico está relacionado con la personalidad, el desarrollo psicoemocional, educación, formación religiosa, ética, ideas; en fin todo lo que el ser humano aprende de su entorno; su cultura. El hombre proyectado socialmente.

Para Fernandez Sessarego<sup>23</sup>, quien define la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; afirma que en su dimensión dinámica, consiste en la proyección histórico existencial de la persona, a través de un continuo proceso autocreativo, mediante sucesión de haceres en que consiste la

<sup>19</sup> Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, T. II, citado por Lloveras Nora, La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño, en Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia "Derecho de Familia" n° 13. Editorial Abeledo Perrot.1998. Buenos Aires.

<sup>20</sup> Bergel, Salvador y Minyerski, Nelly, en "Bioética y Derecho", 1° edición. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

<sup>21</sup> Ídem 18.

<sup>22</sup> Lloveras, Nora, ob. cit.

<sup>23</sup> Fernandez Sessarego, Carlos "el derecho a la identidad personal" en L.L. 1990-d-1248, citado por Bergel, Salvador y Minyerski, en "Bioética y Derecho", 1° edición. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

existencia, por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello diseña, configura la personalidad. La identidad cultural del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia.

Por su parte, Zanoni<sup>24</sup>, admite que desde una perspectiva jurídica, la identidad es un término que admite tres dimensiones:

I. Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. Dentro de esta dimensión se distinguen dos aspectos: a) identidad genética: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible; b) identidad filiatoria: resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

II. Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros.

III. Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: realización del proyecto existencial de la persona, como sus creencias, pensamientos, ideologías, costumbres.<sup>25</sup>

En el ámbito del derecho de la filiación, el derecho de identidad personal describe primordialmente la facultad de la persona humana de conocer el origen de su propia vida, además de la pertenencia a una familia individualizada; mas correctamente, a las relaciones familiares que le corresponden por su emplazamiento en el estado de familia.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Zanoni, ob. cit.

<sup>25</sup> Zanoni, Eduardo y Chieri P, "Prueba de A.D.N., Editorial Astrea, Bs. As. 2001, Citado por Krasnow, Adriana en "Filiación", L. L. 2006. Bs. As.

<sup>26</sup> Lloveras, Nora, "La identidad personal: lo estático y lo dinámico en los derechos del niño". Derecho de Familia N° 13". Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. 1998.

Dice Lloveras<sup>27</sup>, no se desconoce ni se excluye el derecho de identidad más pleno del hombre en las relaciones familiares y sociales, ya que el medio físico y social *“es fundante en el ser humano desde el mismo inicio de su vital; el entorno habrán de ser siempre el estímulo necesario que permita el despliegue personal”*. Por ello cree, que los seres humanos, tienen un derecho a la identidad personal que abarca la protección e intangibilidad del medio o entorno ecológico, también entendido en su dimensión social, que nos hace únicos e irrepetibles.

El derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, responde al interés superior de todo hombre de saber que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, que le precedió generacionalmente, tanto en lo biológico como en lo social, que lo funda y hace de él un ser irrepetible.

La identidad, reconoce su fuente en ese origen del ser humano, pero se proyecta en el tiempo de la existencia del hombre y hacia el futuro.

## ***2. Interés Superior del Niño***

Este principio de contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento históricos, de modo tal que lo que hoy se estima beneficia al joven mañana se puede pensar que lo perjudica, constituye un instrumento técnico y es en principio, el que proporciona una pauta objetiva que permite resolver conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

Al respecto podemos preguntarnos ¿debe prevalecer por sobre el interés superior del niño, el interés que tiene o mejor dicho tenía, la sociedad en su conjunto, o tan solo un sector de ella, en nombre de la paz familiar, en impedir que un ser humano que forma parte de la misma, goce de su verdadera identidad, conozca la verdad de su origen cuyo ocultamiento, puede ocasionar profundas perturbaciones psicológicas.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Lloveras, Nora, ob. cit.

<sup>28</sup> Mucarzel, Paola, Psicología. Identidad. 2004. Corrientes?. Refiere que en casos de niños adoptados, a los cuales no se les reveló la verdad a cerca de su origen, se han registrado

En el mismo sentido Junyent Bas de Saldova<sup>29</sup>, expresa que la representación falsa de la personalidad, ya sea en su faz científica, cultural, política, afectiva o religiosa puede ocasionar un daño a la identidad personal.

Mauricio Mizrahi<sup>30</sup>, señala que *“los vínculos filiatorios constituyen una relación”*, lo que significa decir que no atañen a un solo sujeto sino que en un sentido amplio abarcan a toda descendencia en línea directa, comprensiva de la serie de intermediarios o anillos de la cadena que vinculan a una persona con cualquiera de sus antepasados. Desde esta perspectiva, reposando la filiación por lo general en el supuesto biológico, se deduce sin esfuerzo que la determinación de la identidad genética afecta no solo a aquel cuya identidad se trata, sino también a todos los que con éste estén entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco.

### 3. No discriminación

Se ha afirmado con acierto<sup>31</sup>, que en el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos cabe concluir que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, sexo, condición social, aspecto físico u otras similares es inconstitucional.

Se pueden diferenciar dos clases de discriminaciones: a) – la que excluye arbitrariamente y tiene sentido negativo, genera desigualdad, y genera como reacción la expansión del principio de no discriminación b) – la que con sentido positivo tiene por objeto integrar y es conocida con el nombre de “discriminación inversa” y tiende a favorecer a de-

---

reiteradamente problemas en el aprendizaje porque los padres adoptivos al no revelarle la verdad generan una barrera que impide conocer o aprender, porque un saber se les ha negado”.

<sup>29</sup> Junyent Bas de Saldova, Beatriz, en Ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, citada por Fama Y Herrera, ob. cit.

<sup>30</sup> Mizrahi, Mauricio, “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. 1ª edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.

<sup>31</sup> Kiper, Claudio Marcelo, 2Derecho de las minorías ante la discriminación, p. 129, Ed. Hammurabi. 1998, citado por Gil Domínguez, “Existe una familia basada en la hipocresía?L. L.t.2000-B-.

terminados grupos sociales en procura de equilibrar y compensar la marginación.<sup>32</sup>

#### **IV. Necesidad de la reforma del art. 259**

La consagración constitucional del derecho a la identidad, igualdad, no discriminación, interés superior del niño, prevalecen por sobre normas inferiores, las que deben adecuarse a la Norma fundamental, por lo que se debe reformular el esquema filiatorio establecido en la ley.

La argumentación por parte de la doctrina en el sentido de que la madre al alegar su propio adulterio, está cometiendo un acto inmoral o exento de toda ética, es falso. Lo inmoral sería que mantuviera engañados al marido y al hijo a cerca de la verdadera identidad de este último. Por otra parte, es evidente el tratamiento desigual, que se brinda a la mujer cuando concibe un hijo de un hombre que no es el marido, con respecto a la aptitud sin límites del hombre casado de reconocer hijos extramatrimoniales. De más está advertir que en ambos casos hay adulterio. Tan poco es admisible la restricción arbitraria al ejercicio del derecho de representación de la madre en ejercicio de la Patria Potestad. Los argumentos en contra de la posibilidad de atribuirle acción a la madre basados en que la finalidad con que la madre actuaría al plantear este tipo de acciones dejan traslucir un criterio prejuicioso y discriminatorio respecto a la finalidad con que la madre actuaría al plantear este tipo de acciones. El interés particular que pudiera tener la madre, ya sea económico o de ejercicio exclusivo de la patria potestad, no obsta el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad. Por otra parte no es posible generalizar, sin caer en la superficialidad. Pero, en el hipotético caso de que así fuere, queda dentro de la orbita del derecho a la intimidad, ya que es inexpugnable el campo de los pensamientos e intenciones. En el único caso que se puede considerar que estas intenciones son relevantes, es cuando se traduce en algún acto perjudicial o lesivo para el hijo; como por ejemplo el ejercicio abusivo de la patria potestad, pero ello es otro problema que merece otra solución y que nada tiene que ver con

<sup>32</sup> Gil Domínguez, Andres, ob. cit.

el derecho del menor de conocer su real identidad. Resulta inadmisibles que se haga cargar al hijo las consecuencias del actuar de sus padres. El hecho de que el hijo haya sido concebido en esas circunstancias; es decir, en definitiva, la calidad de la unión que le dio origen no obsta el derecho que le asiste a conocer su verdadera filiación. Hace mucho tiempo fue derogada la calificación de hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos. Ese pensamiento discriminatorio fue dejado de lado; al equiparar las filiaciones la ley no hace distinción alguna. Vedando a la madre la posibilidad de accionar, se lo perjudica al hijo cuando es menor de edad, y se mantiene una ficción, una apariencia, que en definitiva es una falsedad. Lleva la razón Grossman<sup>33</sup>, en afirmar que si la madre cometió adulterio, ocultó la verdadera paternidad de su hijo, por cierto incurre en causales subjetivas de separación personal y divorcio vincular, que serán relevantes a los efectos de las acciones civiles que el marido pudiera entablar. Pero, ello no es la cuestión que aquí nos ocupa. Por otra parte, de conferirse tal acción, no significaría una estocada a la institución matrimonial, ya que contribuiría al bienestar de la familia sobre la base de la certeza y realidad de los vínculos del grupo familiar.

El artículo 259 del Código Civil, contradice a la Constitución Nacional:

a) en su artículo 16, por cuanto la madre no encuentra asegurado su derecho en condiciones de igualdad, pues aquella no puede accionar, mientras que su cónyuge puede impugnar tanto la paternidad como la maternidad de la mujer.

b) Quebranta normas de tratados internacionales, con jerarquía Constitucional, como son: La Convención Sobre Eliminación de Toda Las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 1º, que la discriminación contra la mujer, en cuanto niega o limita su igualdad de derechos con los hombres, es injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana. La misma, promueve la adopción de todas las medidas apropiadas a fin de abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas que constituyan una segregación en su contra, y para asegurar la protección adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer.

<sup>33</sup> Grosman, Cecilia, citada por Mendez Costa, María J. ob. cit.

En su art. 16, inc. d., establece específicamente que los Estados Parte, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos.

Por su parte el Pacto de San José de Costa Rica, garantiza a las personas, el pleno ejercicio de sus derechos sin discriminación alguna por motivos de sexo, además de consagrar el principio de que todas las personas son iguales, e incluye el derecho de toda persona de presentarse en condiciones de plena igualdad ante tribunales independientes y la facultad de los hombres y mujeres de disfrutar de iguales prerrogativas en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo, lo que evidentemente choca con la falta de legitimidad para accionar que la norma, por omisión, impone a la mujer. En tanto la Convención de los Derechos del Niño, prescribe en su artículo 3° que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. La no inclusión de la madre en la enumeración taxativa que hace el artículo en análisis, va en desmedro del Interés Superior del Niño, quien durante la minoría de edad, encuentra un obstáculo en la falta de posibilidad de accionar de la madre.

En el artículo 8° de la misma Convención, los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas., Y en el art. 7°, reconoce al niño el derecho de en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Por lo expuesto anteriormente, se hace necesaria una reforma del Art. 259 del Código Civil, ya que el mismo vulnera normas de jerarquía superior. Por otra parte, el artículo respondía a otra realidad social y científica; por lo que provoca consecuencias dañinas, ya que coadyuva a mantener y convalidar la mentira, en las relaciones familiares y sociales.

En ese sentido, Famá, señala que el modelo y las formas de familias, a la época en que fueron sancionados tanto el Código Civil como la ley 23.264 de 1985, distan de las realidades sociológicas actuales. Aquel viejo modelo de la familia patriarcal y las leyes que lo convalida va siendo superado por la realidad actual, que pone en crisis aquel modelo familiar.<sup>34</sup> (33)

Según platón, la Justicia, el máximo valor jurídico, significa fundamentalmente un reclamo de equilibrio entre distintos estamentos integrantes de la sociedad. La igualdad, subyace como ideal y como necesidad social. El derecho es, pues, una técnica política para el ordenamiento social, una sociotécnica; y una obra en continuación, que parte de un momento histórico con lo dado y obrado en ese entonces, debiendo ajustarse a las necesidades y aspiraciones sociales de cada época.

## **Bibliografía**

### **A) General:**

- AZPIRI, JORGE O. Derecho de Familia. Manual. 1º reimposición. Editorial Hammurabi. Jose Luis Desalma Editor. Buenos aires 2005.
- BELLUSCIO, CESAR AUGUSTO, Manual de Derecho de Familia, T. 2, séptima edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.
- MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, Derecho de Familia.t. III, 1º edición 1997 Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Pcia de Santa Fe.
- . Visión Jurisprudencial de la filiación. 1º edición Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 1997.
- ZANONI, EDUARDO A. “Derecho de Familia”, t.2,3º Edición Ed. Astrea, IBuenos Aires. 1998, p 435.

<sup>34</sup>Famá, María Victoria y Marisa Herrera, “un leading case sobre responsabilidad Civil en materia de filiación “¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial? J.A. 2004-III. Ed. Lexis Nexis.

**B) Especial:**

- AFTALION, MARCELO E., “El reves del Derecho” E.D., 24 demayo de 2006.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR, “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, L.L. 1995-A-945.
- BIDART CAMPOS, GERMAN, “La legitimidad de la madre para impugnar la paternidad del marido” ¿y los derechos del niño? L.L. 2000-B-22.
- CIFUENTES, SANTOS, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensiones de su contenido en L.L. 2001-C-759.
- CHAPÍN, JULIO, “La impugnación de la paternidad de la madre. Un silencio inconstitucional”. J.A. 2001-III-590.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA Y HERRERA, MARISA, “Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación” ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial J.A. 2004-III-Editorial Lexis Nexos.
- GIL DOMÍNGUEZ, “¿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.
- LEVI, LEA e IÑIGO, DELIA, en Bioética y Derecho. Edición 1º. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003.
- LLOVERAS, NORA, “Derecho de Familia” Edición nº 13, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.1998.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “Sobre la legitimación activa de la impugnación de la paternidad matrimonial”, D.J. 1989-II-498-506.
- MAZZINGHI, JORGE A. “Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: un fallo elogiabile de la corte” E.D. 185-462.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A. “Sobre la legitimación del Ministerio Público para impugnar la paternidad matrimonial en representación del menor impúber”. E.D. 194.65
- VARELA, FLORENCIO, “Inconstitucionalidad de la discriminación de la mujer en el art. 259 del Cº Civil”. L.L. 1994-D-1107.

Corte Sup. 1/11/1999, "D. de P.V., A.v.O., C.H.", L.L. 2000-B- 447, y en D.J. 1989-II-497.

C. Nac. Civ. Sala B, 5-9-1988, "O., S.v.O., C", L.L. 1989-C-477 y en D.J. 1989-II-497.