

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE
RECONOCIMIENTO ESPONTANEO DE
HIJO EXTRAMATRIMONIAL**

Carlos María Corbo

RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE RECONOCIMIENTO ESPONTANEO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL	1
CAPITULO I	3
1.- Concepto. Caracteres:.....	3
2.- Fundamento:	4
3.- Eximentes de responsabilidad:.....	5
4.- Legitimación procesal activa:	6
5.- Pérdida de chance:	8
6.- Daño material:	9
7.- El daño moral y su cuantificación:	10
8.- Prescripción de la acción:.....	12
CAPITULO II	14
ACCIONES DE RECLAMACION DE ESTADO. PRUEBAS EN MATERIA DE FILIACION.....	14
1.- Acción de reclamación de la filiación legítima. Caracteres. Supuestos en que procede:.....	14
2.- Supuestos en los que los herederos pueden iniciar la acción de reclamación de la filiación matrimonial del hijo:	16
3.- Listiconsorcio pasivo necesario en la acción de reclamación de la filiación matrimonial:	16
4.- Acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial:.....	16
CAPITULO III:	18
1.- Pruebas biológicas:	18
2.- El indicio previsto por la ley 23.511:	23
3.- Posesión de estado:.....	24
4.- El plazo de la concepción:.....	25
5.- Otros medios probatorios:	26
CAPITULO IV:.....	28
SUPUESTO DEL HIJO DE PADRE DESCONOCIDO. EL DERECHO A LA INDENTIDAD	28
1- Su Procedimiento:	28
CAPITULO V : DERECHO A LA IDENTIDAD	33
CAPITULO VI:.....	37
ALIMENTOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD	37
1.- Concepto:.....	37
2.- De los padres hacia los hijos matrimoniales y extramatrimoniales:.....	37
3.- Hacia los hijos no reconocidos:	39
5.- Hacia los hijos por nacer:	41

CAPITULO I

1.- Concepto. Caracteres:

En nuestro derecho el reconocimiento de la filiación por parte de un padre con respecto a su o sus hijos menores, es un deber moral y legal, por lo que toda actuación omisiva es considerada una conducta antijurídica, predominando en la responsabilidad civil familiar el principio de la culpa. Es decir no reconocer un hijo propio es un acto ilícito.

El no reconocimiento de un hijo es un acto de arbitrariedad y no desliga a un padre de principios fundamentales del derecho, como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo.

Si bien la ley no menciona en forma expresa la responsabilidad civil, doctrina y jurisprudencia mayoritarias no se han mantenido al margen, y se han pronunciado por su procedencia.

Como bien lo afirma Roberto H. Brebbia, las características de la responsabilidad civil en el derecho de familia son las siguientes:

1.- La responsabilidad civil de orden familiar se ubica dentro del dominio de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que proviene de la violación de un deber legal y no del incumplimiento de un contrato. Esta aseveración se mantiene para los daños derivados de la nulidad o disolución del matrimonio, por cuanto este instituto, como así también el de la sociedad conyugal, no son contratos en el sentido técnico jurídico conforme lo preceptuado por los arts. 1137 y 1169 del Código Civil.

2.- En el derecho de la responsabilidad civil familiar predomina en forma absoluta el principio de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, quedando excluida la responsabilidad por riesgo. Esta preeminencia del factor subjetivo se explica en razón de que dentro del derecho de familia la norma exige una reprochabilidad real y no inferida, en la conducta del agente del daño, para determinar su responsabilidad civil y penal.

3.- La vulneración de los derechos y deberes de orden familiar es susceptible de originar daños patrimoniales y morales, según la naturaleza del derecho avasallado. Las relaciones familiares personales, según ya se ha visto, son de un rango superior a las patrimoniales, pues en aquéllas se encuentra en juego de manera directa el interés familiar y social, que predomina sobre el interés individual.¹

El no reconocimiento espontáneo de un hijo puede llegar a instar el sistema de la responsabilidad civil que requiere ilicitud, daño, nexo causal y factor de atribución, según los arts, 254, 903, 904, 1074 y 1078 del Código Civil.

2.- Fundamento:

Si bien las disposiciones del Código Civil citadas en el punto anterior alcanzan para acreditar la responsabilidad civil de un padre que no reconoció a su hijo, hay normas internacionales que oxigenan al derecho interno y son las siguientes:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sostiene en su Preámbulo que las potestades de cada uno están condicionadas por las de los demás, lo que ratifica la posición de nuestra legislación en el sentido de que si el hijo tiene derecho a solicitar su reconocimiento, el padre, si no cumple con ese “deber”, incurre en ilicitud.

b) La declaración Universal de la ONU dispone en su art. 6º que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, criterio ratificado por el art. 3º del Pacto de San José de Costa Rica de similar tenor a lo normado por el art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

c) El dispositivo citado del Pacto de San José de Costa Rica pone énfasis en recalcar que los sujetos de derecho son las personas. Los atributos que generalmente se le reconocen a éstas son el nombre, el estado civil, la nacionalidad, etc.

¹ BREBBIA, Roberto H. “Derecho de Familia” (libro homenaje a María Josefa Mendez Costa) pág. 356 Edit. Rubinzal Culzoni, año 1990.

Justamente el art. 18 del mencionado instrumento interamericano consagra el derecho al nombre, que faculta al hijo a utilizar el apellido de sus padres. Es este un típico derecho a la identidad, ya que da la posibilidad de tener un nombre propio que diferencie a una persona de las demás.

En ese orden de ideas el art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica y en forma similar la Convención Americana sobre Derechos Humanos- dicen que todo niño en su condición de menor tiene derecho a las medidas de protección por parte de la familia y el Estado. Con similar sentido la “Declaración de los Derechos del Niño” se refiere a la “obligación” de los padres de cuidar y respetar a los niños.

A su vez la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 es aplicable a los menores de 18 años y le impone a los padres una serie de “deberes” (arts. 3, 5 y 18) y le confiere a los hijos el “derecho” de conocer a sus progenitores (art. 7º) y a tener su identidad (art. 8)

El art. 32 del aludido Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Americana sobre Derechos Humano afirma que si el padre no cumple con los derechos de su hijo, incumple sus deberes.

3.- Eximentes de responsabilidad:

El progenitor se eximirá de responsabilidad acreditando la falta de culpa o la culpa de un tercero o el caso fortuito o la fuerza mayor.

Hay falta de culpa cuando se ignore la paternidad, o en el caso fortuito, cuando se encuentre imposibilitado del reconocimiento en razón de la distancia, aunque los avances en materia de comunicaciones hacen que hoy difícilmente pueda darse tal hipótesis, que de todas formas puede producirse en lugares y circunstancias extremas y especiales tales como un conflicto bélico, etc.

Cabe preguntarse si la oposición paterna a que un menor de edad reconozca un hijo extramatrimonial es una eximente de responsabilidad; la oposición del abuelo, en este caso, no es una eximente de responsabilidad del

menor porque éste está facultado para reconocer hijos a partir de los 16 años, de conformidad con lo dispuesto por el art. 286 del Código Civil.²

4.- Legitimación procesal activa:

Si el hijo es menor de edad, la madre en este caso, tiene legitimación procesal activa, porque es su representante legal y en consecuencia, puede reclamar daños y perjuicios al progenitor no reconociente.

El menor representado por su madre lo hace con intervención del Ministerio de Menores; en el caso de la Provincia de Santa Fe se le corre una vista al Defensor General; si se tratare de un incapaz, deberá ser representado por su tutor.

No coincidimos con el doctor Pettigiani, miembro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que en voto en minoría, limitó la legitimación procesal activa de la madre para reclamar daños y perjuicios y fundó la improcedencia de la representación materna para el caso, en que se trata de una acción personalísima y continúa diciendo que la acción de reclamación de daño moral por estar dirigida contra el otro progenitor, está reservada al individuo dañado.

Nuestra opinión coincide con la de Graciela Medina que sostiene que aun cuando se considerara que la acción del hijo para reclamar daños y perjuicios es personalísima, estimamos que puede ser ejercida por representantes, porque el consentimiento para la disposición de los derechos de la personalidad por ese medio está admitido, en tanto y en cuanto no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres o a la ley.³

Cabe preguntarse si el hijo menor de edad cuya voluntad está viciada y en consecuencia carece de discernimiento, está procesalmente legitimado para reclamar daño moral.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Derecho de Daños, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, pág. 645.

³ MEDINA, Graciela "Daños en el Derecho de Familia", pág. 129, Edit. Rubinzal Culzoni, año 2002

Se han esbozado dos teorías; una afirmativa y otra negativa; por la primera, sus partidarios sostienen que la vulneración o conculcación de derechos o intereses extrapatrimoniales debe ser reparada, sin ninguna duda.

Zannoni, uno de ellos, expresa que “la indemnización del daño moral es satisfactoria de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad, o un cuerdo. En tales casos, a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces, tiene un carácter objetivo.

Por su parte Pizarro aclara que “la falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, más no hacen a su esencia”..⁴

En la tesis negativa encontramos a Orgaz, que afirma que es totalmente improcedente la indemnización por daño moral ocasionado a un niño o demente, porque ni los unos ni los otros sienten las penurias de este tipo, y en consecuencia no poseen legitimación procesal para accionar por daño moral.

Ninguna duda cabe si el hijo es mayor de edad puede actuar por derecho propio contra el progenitor no reconociente. El es el titular de la acción, y como tal goza de legitimación procesal activa y el bien jurídicamente tutelado es el emplazamiento de hijo en el estado que le corresponde.

La madre no tiene legitimación procesal activa para reclamar por daño moral en vida del hijo; el Código Civil en su art. 1078 dispone que: “la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

La acción le está vedada a la madre, pero en la hipótesis que la misma hubiera sido entablada en vida por el hijo, en caso de muerte del mismo, podrá ser continuada por la madre en virtud de lo dispuesto por el art. 1099 del Código

⁴ MEDINA, Graciela, ob. cit. pág 131

que dispone: “la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”.

Ambos dispositivos no se contradicen, sino que se complementan.

Nada obsta para que la madre pueda accionar por daño material si ella tuvo que solventar los gastos del parto y/o del embarazo. En este caso dispone de legitimación directa, tanto como la tendría cualquier tercero que se hubiese hecho cargo de tales gastos.

En materia de daño psicológico, debemos recordar que una postura doctrinaria sostiene que el daño material o moral es el género y el daño psicológico es la especie de uno o de otro, y la madre está legitimada para reclamar por ese tipo de daño en función de lo reglado por el art. 1079: que dispone lo siguiente: “la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”, sin dejar de lado lo dispuesto por el Código Civil en su art. 1078, en cuanto al límite de su aplicación.

Otra corriente doctrinaria sostiene que daño moral es un rubro a reclamar y daño psicológico es otro, porque si ambos estuvieran comprendidos dentro del concepto de daño moral, ante la negativa paterna a reconocer un hijo extramatrimonial, la madre carecería de legitimación procesal para reclamar, según el art. 1078 del Código Civil, que textualmente reza: “la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

5.- Pérdida de chance:

En la “pérdida de chance”, lo que se indemniza es la frustración de poder obtener ganancias en el futuro, por parte de un menor de edad, a raíz de la falta de reconocimiento espontáneo por parte del padre al incurrir en incumplimiento de una obligación legal, o por la comisión de un hecho ilícito.

Levy y Arianna sostienen que “la pérdida de chance” no es el resultado de percibir por el acreedor lo resarcible, sino que es la posibilidad razonable de obtener ganancias o evitar una pérdida, quedando al prudente arbitrio judicial la fijación de la suma, de acuerdo con las particulares circunstancias del caso.⁵

Zannoni ha dicho que en la pérdida de una chance, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre.

Certeza de que de no mediar el evento dañoso –trátase de un hecho o un acto ilícito, o de un incumplimiento contractual- el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial.

Incetidumbre definitiva, ya que de mantenerse la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.

Si bien el juez no puede ver el futuro, proyecta la situación presente a sus razonables consecuencias. Observando este presente apreciará en qué medida de no haber mediado la producción del evento dañoso la condición de la víctima sería mejor en el futuro de lo que es como consecuencia de ese evento.⁶

Para la admisibilidad judicial de la pérdida de chance” en un caso concreto, debe estar probada la existencia de un perjuicio con un alto grado de probabilidades de convertirse en cierto

6.- Daño material:

El daño material se produce cuando un padre que no reconoció a su hijo en forma espontánea, no hizo efectivo los alimentos provisorios fijados por el juez; ello le habría permitido a ese menor una mejor asistencia, educación y desarrollo en todos los aspectos y no sufrir privaciones materiales durante todo el tiempo en que careció del emplazamiento familiar.

⁵ LEVY, Lea y ARIANNA, Carlos “Daños moral y patrimonial derivados de la falta de reconocimiento” “Derecho de Daños”, 1999, Ed. Abeledo- Perrot. p. 443

⁶ ZANNONI, Eduardo A. “El daño en la responsabilidad civil, año 1987, Ed. Astrea, Pág. 73.

El daño material resultante del incumplimiento de los alimentos derivados de la patria potestad, puede ser reclamado teniendo su configuración jurídica en lo dispuesto por los arts. 265 y siguientes y 1083 del Código Civil y para su procedencia se exige la acreditación de los extremos previstos en los arts. 519 y 1067 del Código Civil que disponen:

Art. 519: Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo.

Art. 1067: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Es oportuno recordar que la Convención Internacional de los Derechos del Niño expresa lo siguiente: “Los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el conocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarios para el desarrollo del niño (art. 27 inc. 2). Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres y otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (art. 27 inc. 4).

7.- El daño moral y su cuantificación:

El daño moral no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”.⁷

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo-Perrot, P. 205

Roberto H. Brebbia lo define como toda lesión, disminución o menoscabo sufridos por un o interés jurídico.⁸

Es un agravio que se traduce en una alteración emocional profundamente subjetiva y la apreciación por el juez de su existencia y cuantía debe ser necesariamente objetiva y abstracta, considerando cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo.

La indemnización por daño moral, no es de carácter punitivo, sino resarcitorio, ya que tiende a reparar un perjuicio causado a los sentimientos más íntimos.

Si bien la fijación del monto puede llegar a ofrecer dificultades en algunos casos, no es necesaria su prueba, no por la dificultad que entraña, sino por ser la consecuencia de ciertos hechos.

El daño moral se presume y como dijimos, no requiere prueba tal de una lesión a un atributo personalísimo, derivada del incumplimiento de una obligación legal originada en el derecho del hijo de ser reconocido por su progenitor.

La jurisprudencia ha brindado algunas pautas meramente ejemplificativas para su cuantificación, que son las siguientes:

- 1.- Abandono de la pareja al momento de tomar conocimiento del parto
- 2.- Ausencia de todo tipo de ayuda moral y económica durante el proceso incubatorio y de pago de los consiguientes gastos del parto.
- 3.- Negativa de haber mantenido relaciones sexuales con la madre del hijo a la época de la concepción.
- 4.- Edad del menor y en especial el impacto en la etapa de la adolescencia.
- 6.- Plazo transcurrido durante la negativa paterna para reconocer al hijo.
- 7.- Actitud renuente del padre al no someterse a la prueba biológica.
- 8.- Daño psicológico producido.

⁸ BREBBIA, Roberto H. ob. cit. pág. 352

9.- Demora materna en iniciar la acción de filiación dejando a salvo que el factor de atribución es la culpa del padre y no la demora de la madre.

10.- Haber reconocido socialmente al hijo como tal.

11.- Haber asistido al menor a la escuela.

12.- Posición social de las partes en la sociedad.

13.- Daño que produjo al menor llevar el sello de ilegitimidad.

14.- Minusvalía social y desventajas frente a los compañeros del colegio.

15.- Sentimiento de rechazo sufrido por el hijo por parte del padre.

16.- Daño producido por la carencia de una figura paterna.

17.- Inscripción como hijo de la madre y de padre desconocido.

8.- Prescripción de la acción:

El cómputo del plazo de la prescripción de la acción por daño daños y perjuicios comienza a correr desde que queda firme la sentencia de reclamación por falta de reconocimiento de la paternidad.

Nuestro derecho admite el carácter ilícito de la falta de reconocimiento de un hijo; por ello, en lo que respecta a la prescripción de la acción de daños y perjuicios, resulta aplicable el art. 4037 del Código Civil que prevé el plazo de dos años para que la misma se opere.

Como se ha dicho que la prescripción comienza a correr desde la sentencia firme, mientras existen derechos o acciones que aún no han nacido no puede aceptarse que comience su cómputo, ya que la sentencia de filiación es declarativa del vínculo paterno filial y constitutiva al atribuir el estado de filiación.

El cómputo del plazo de dos años de esta manera es coherente con lo dispuesto por el art. 3956 que reza textualmente: “la prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación”.

El calificado jurista español Diez Picazo, en relación a la sentencia de filiación, manifiesta: “una sentencia declarativa se limitaría a dejar constancia de una situación ya existente, que habría producido ya sus propios efectos jurídicos. Y es claro que los efectos jurídicos de la relación paterno filial (apellidos,

alimentos, patria potestad) se producen como consecuencia de la sentencia y no antes de ella.⁹

Opinamos, en coincidencia con lo expresado precedentemente que hasta tanto no se encuentre firme la sentencia de filiación, no se halla habilitada la procedencia del reclamo indemnizatorio y, por ende no transcurre el término de la prescripción del art. 4037, debiendo aclarar que en este punto no son aplicables los arts. 3966 y 3980 del Código Civil, que textualmente dicen:

Art. 3966: La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si carecieren de representación, se aplicará lo dispuesto en el art. 3980.

Art. 3980: Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces está autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.

Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrá aplicar lo dispuesto en esta artículo”.

En síntesis no rigen estos dispositivos jurídicos tendientes a la suspensión del cómputo de la prescripción, aunque el menor de edad tenga representación legal.

⁹ PICAZO, Luis Diez “Fundamentos de Derecho Civil”, t. IV, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, ps. 138/139.

CAPITULO II

ACCIONES DE RECLAMACION DE ESTADO. PRUEBAS EN MATERIA DE FILIACION

1.- Acción de reclamación de la filiación legítima. Caracteres. Supuestos en que procede:

Es una acción que tiende a lograr judicialmente el emplazamiento de una persona en el estado de hijo matrimonial o legítimo y consecuentemente de sus progenitores como padre y madre legítima.

El art. 254 del Código Civil en su primer párr. dispone que: “Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre”.

La doctrina nacional la denomina acción de “reclamación de la paternidad”. En la legislación francesa, en cambio, se las llama por un lado “acción de reivindicación de la paternidad” y por el otro, acción de “reclamación de la maternidad”.

Con ella lo que se persigue es el reconocimiento de un estado de familia preexistente, y por ende tiene por objeto lograr y obtener el título de estado del que se carece. Debemos distinguirla de las acciones de desplazamiento de estado como por ejemplo la de impugnación de la paternidad matrimonial (arts. 258 a 260 del Código Civil) y de la de impugnación de la paternidad extramatrimonial (art. 263 del Código Civil) o de la de impugnación de la maternidad matrimonial o extramatrimonial, (arts. 261 y 262) ya que en éstas el o los demandados se encuentran emplazados en un estado de familia y su objeto es lograr el desplazamiento del mismo.

La acción es procedente en todos los casos en que un hijo carezca de título de estado que lo emplace como hijo legítimo de sus verdaderos padres y también

porque estos no tienen el título de tales, y no se estableció jurídicamente el vínculo.¹⁰

La acción de reconocimiento de filiación matrimonial es viable en los siguientes supuestos de hecho:

1.- Cuando el nacimiento ha sido denunciado sin mención de los padres del nacido, quien de tal modo aparece como hijo de padres desconocidos.

2.- Cuando el hijo aparece inscripto como hijo de terceras personas. En este supuesto el art. 250 del Código Civil exige que se intente previa o simultáneamente la acción de impugnación de reconocimiento de hijo extramatrimonial del art. 263 del Código Civil con la de emplazamiento de filiación matrimonial.

3.- Cuando se ha inscripto al hijo como legítimo de otras personas, previamente deberá ejercitarse la acción de impugnación de la maternidad de los arts. 261 y 262, que de prosperar hará caer la presunción de paternidad del art. 243 del Código Civil. En consecuencia la acción quedará indeterminada abriéndose la posibilidad de la reclamación de la filiación legítima.

2.- Titulares de la acción:

Pueden ser titulares de esta acción el o los hijos, quienes siendo menores de edad o incapaces, actuarán representados por el tutor o el Ministerio Público, o un curador designado al efecto.

Los hijos pueden intentarla en todo tiempo; no hay plazo de caducidad para su ejercicio; la acción es imprescriptible conforme lo prescribe el art. 251 del Código Civil.

También tienen legitimación procesal activa los herederos del hijo. Es decir, si éste muere, sus herederos pueden iniciarla o continuarla.

De lo expuesto se desprende lo siguiente según Lloveras:

1.- Los herederos pueden siempre continuar la acción de reclamación ya entablada por el hijo en vida, sea que éste muera en la menor edad, o siendo incapaz, o en la mayor edad.

¹⁰ ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia" Tomo II, pág. 336, Edit. Astrea.

Proseguir el juicio es siempre posible para los herederos del hijo.

2.- Supuestos en los que los herederos pueden iniciar la acción de reclamación de la filiación matrimonial del hijo:

a) Si el hijo muere siendo menor de edad.

b) Si el hijo muere siendo incapaz de hecho.

c) Si el hijo muere antes de transcurrir los dos años desde que alcanza la mayoría de edad, por todo el tiempo que falte para completar esos dos años.

d) Si el hijo muere antes de transcurrir los dos años desde que alcanza la plena capacidad, por todo el tiempo que falte para completar esos dos años.

e) Si el hijo muere durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar la demanda, por todo el tiempo que falte para completar esos dos años.

El art. 254 del Código Civil legitima a los herederos sin calificación alguna. Por lo tanto, cabe entender que la legitimación corresponde a los herederos legítimos y a los instituidos en testamento.¹¹

3.- Litisconsorcio pasivo necesario en la acción de reclamación de la filiación matrimonial:

El Código Civil en su art. 254 párr. 2º establece que la acción deberá entablarse contra el padre y la madre en forma conjunta, es decir se forma un litisconsorcio pasivo necesario.

En consecuencia la filiación matrimonial es indivisible y la sentencia que se dicte debe ser oponible a los dos progenitores.

En caso de fallecimiento de uno de ellos, o los dos, la demanda deberá dirigirse contra los sucesores universales.

4.- Acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial:

Para Belluscio, acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial es la que tiene éste para obtener que se declare judicialmente que determinada

¹¹ LLOVERAS, Nora "Patria Potestad y Filiación", págs. 102 y 103, Edit. "Depalma".

persona es su padre, o su madre; en el primer caso, se tratará de la reclamación de la paternidad, y en el segundo, de la reclamación de la maternidad. Es una acción declarativa, de reclamación, y de emplazamiento en el estado de familia.

Nuestra legislación admite sin limitaciones la indagación de la paternidad y de la maternidad, pero no siempre ha sido así ni lo es aun ahora en las legislaciones de otros países.¹²

El Código Civil en su art. 254 párr. 3º y 4º reza que: “Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales”.

Según Lloveras, los hijos extramatrimoniales pueden reclamar su filiación contra quien consideren su padre o su madre, lo que no obsta a demandarlos conjuntamente en el supuesto de no estar determinada ni la maternidad ni la paternidad del hijo.

En suma podemos afirmar que la filiación extramatrimonial es divisible: es necesario relacionar al hijo con el padre, y al hijo con la madre, no operando aquí las presunciones de paternidad que sí tienen vigencia en la filiación matrimonial.

Con la ley 23.264 no hay obstáculo alguno para la reclamación de filiación tras la muerte de los padres, ni para deducir la pretensión contra una mujer casada. Debiendo aclararse en este último caso que lo que se demanda es la filiación extramatrimonial.

Finalmente decimos que lo vertido en el tema de la legitimación activa y pasiva de la acción de reclamación de la filiación matrimonial, es aplicable también a la acción de filiación extramatrimonial.¹³

¹² BELLUSCIO, Augusto V. “Manual de Derecho de Familia”, pág. 240 Edit. Depalma, año 1989.

¹³ LLOVERAS, Nora, ob. cit. pág 107

CAPITULO III:

1.- Pruebas biológicas:

En nuestro ordenamiento jurídico, siempre se admitió la amplitud probatoria en materia de filiación, en efecto, el hoy derogado art. 325 del Código establecía lo siguiente en lo atinente a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial: “Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran a demostrar la filiación natural”.

La sanción de la ley 23.264, revalorizó la prueba biológica a través del nuevo art. 253, que dispuso: “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

En una acción de emplazamiento o desplazamiento de la filiación, la prueba biológica puede ser ofrecida por el actor o el demandado, y si las partes no la ofrecen, la ley faculta al juez para impulsarla en cualquier período del proceso.

Afirma Nora Lloveras que si el juzgador en un juicio de filiación lo estima conveniente, podrá aun decretarla pericialmente como medida para mejor proveer, lo que habitualmente le está vedado en otro proceso civil.

Esta jerarquización de las pruebas biológicas no debe ser interpretada en el sentido de que de ahí en más, solo ella tornará procedente o improcedente la acción de filiación. Una afirmación de este carácter que deseamos, llevaría la norma a límites no queridos ni planteados por el legislador.

Tampoco el juez, ante la falta de ofrecimiento de la prueba sobre el nexo biológico, está obligado a ordenarla. Podrá hacerlo de oficio, si lo estima necesario, oportuno y conveniente.¹⁴

¹⁴ LLOVERAS, Nora, ob. cit. pág. 86.

Según doctrina y jurisprudencia dominantes en materia civil, las pruebas biológicas no pueden efectuarse contra la voluntad de la parte, lo que significa que quien no concurre a su realización o se oponga previamente a su recepción, no puede ser compelido coactivamente porque prevalece el respeto a la libertad individual.

A pesar de todo, la ley 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, prescribe en su art. 4º que cuando fuere necesario determinar la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente.

El indicio consecuencia de la resistencia a la prueba biológica en un juicio de filiación por parte del accionado, no hace más que robustecer la prueba ya existente y referida que permita acreditar el nexo biológico.

En cualquier otra acción, una prueba con más de un 95 % de probabilidades sería suficiente para dictar sentencia, pero estando en juego la filiación de una persona y por la gravedad de las implicancias personales que ello puede acarrear la jurisprudencia ha sostenido que las demandas y sentencias deben apoyarse no sólo en las pruebas biológicas, sino también en todos los restantes elementos probatorios que acrediten los extremos fácticos que rodean una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial.

Recordemos que la ley 23.511 creó el Banco de Datos Genéticos a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y el esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación.

Un interés jurídico especial merece la posible negativa de una, o de ambas partes, a someterse a las pruebas biológicas.

La jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que la negativa a la prueba biológica por parte del demandado, no vulnera ni sus derechos personalísimos ni la dignidad de su familia, ya que el interés público en materia de filiación debe prevalecer sobre el interés privado. El interés público reside en que los tribunales tengan el poder de recurrir a métodos inofensivos científicamente y confirmados notoriamente que permitan obtener

pruebas a fin del lograr la verdad real que siempre debe perseguir todo debate judicial.

Es evidente que existe una relación muy estrecha y directa entre los medios técnicos para probar la filiación por un lado, y la posibilidad del quebrantamiento del derecho a la intimidad, por el otro

Se ha señalado en oportunidades que las pruebas de medios técnicos constituyen una intromisión en el derecho al respeto a la vida privada plenamente justificada como necesaria en la protección de los derechos y libertades del prójimo; y el entender lo contrario supondría que el interés particular –evitación de ingerencia en la vida privada- prime sobre el interés público de decidir controversias entre particulares.

Se ha sostenido que el derecho de una persona a conocer sus orígenes biológicos reviste mayor valor que el derecho a la a la intimidad de quien se dice afectado por la realización de pruebas biológicas tendientes a determinar su filiación; es más, se ha afirmado que no existe proporción entre el sacrificio de una gota de sangre y el despojo que se impone a quien no puede precisar su identidad.

Con la posición de un sector de la doctrina jurídica cuando se analizan los casos en que el Estado trata de investigar delitos graves como el de apropiación de menores nacidos en cautiverio durante el gobierno militar y el de sustitución de identidad, donde hay acciones que pueden ser ejercidas compulsivamente, aunque se afecte, según algunos, el derecho a la intimidad.

Se trata de un derecho que tiene raigambre constitucional, ya que nuestra Carta Magna en su art. 19 dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de la magistrados. Se trata de una zona de intimidad jurídica. Todo ciudadano tiene derecho a que se respete su privacidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido marco constitucional a los derechos de la personalidad relacionados con la intimidad, la conciencia y el derecho a disponer de su propio cuerpo. La

convivencia humana se ha dispuesto sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeto a su voluntad.

No obstante ello, ha dicho el alto Tribunal, que ese derecho no es absoluto. Que encuentra su límite legal en el interés superior que significa el resguardo a la libertad de otros, a la defensa de la sociedad, a las buenas costumbres o a la persecución del crimen.

En postura consecuente, ha sostenido la Corte que debe rechazarse el agravio que se funda en el derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, si la negativa a la extracción de sangre tiende a obstaculizar una investigación criminal, por ejemplo el delito de apropiación de menores, sustitución de identidad, etc.

No obstante ello, posteriormente la Corte Suprema de la Nación no hizo lugar a la extracción compulsiva de sangre en el caso de Evelyn Vazquez, porque la que dijo ser su abuela biológica pretendió, como prueba de la identidad, la realización compulsiva del ADN negándose la interesada a prestar su conformidad, mientras no recaiga sentencia penal definitiva contra sus padres no biológicos, para no agravar más su situación procesal.

Una hipótesis que descartamos de plano, por carecer de asidero jurídico y fáctico es negarse a las pruebas biológicas alegando razones médicas y que se las acredite en un juicio de filiación. En síntesis la negativa de una de las partes, aunque esté debidamente justificada en el pleito de someterse a tales pruebas, no podrá ser valorada por el juez en ningún sentido.

Por otra parte pacífica y uniforme jurisprudencia ha sostenido que si en un juicio de filiación una de las partes se niega a someterse a la prueba biológica ello no es equiparable, como argumento jurídico, al principio constitucional consagrado en el art. 18 de la C.N. de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, principio que la Corte Suprema siempre ha sostenido que sólo rige en materia penal. Como nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y porque ello representaría un acto de violencia física, es que no se puede ejercer compulsión para obtener la muestra de sangre destinada a la prueba biológica.

El argumento frecuentemente utilizado por la parte demandada en un juicio de filiación para negarse a la prueba biológica sosteniendo que tal negativa tiene el mismo alcance que el principio constitucional de la defensa en juicio, es decir que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ha sido dejado de lado definitivamente por la jurisprudencia dominante en nuestro país.

En materia de pruebas en los juicios de reclamación de filiación extramatrimonial, la legislación mundial ha evolucionado, en un primer momento, sólo estaban permitidas algunas pruebas; hoy la generalidad de los códigos admiten cualquier tipo en esta materia, habiendo algunos, como los de Costa Rica y el Código de Perú que avanzan más allá y establecen cual es el valor que se debe dar a la negativa a someterse a los exámenes.

El Código de Costa Rica en su art. 98 prescribe que: en todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además esa circunstancia podrá ser tenida en cuenta como indicio de la veracidad de lo que pretende demostrar con dicha prueba”

A su vez el Código de Perú en su art. 413 dispone que: en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos y otras de validez científica.

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del art. 402 inc. 4º cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba .

En España no obstante la independencia de sus Tribunales para juzgar las conclusiones de los peritos dada la importancia de la prueba biológica y el alto grado de certidumbre que ofrece quizás pueda exhibir un valor superior a cualquier otro medio de prueba. Esta tendencia se viene evidenciando cada vez con mayor frecuencia en los Tribunales Europeos.

2.- El indicio previsto por la ley 23.511:

En reiteradas ocasiones al referirse el art. 4º de la ley 23.511, doctrina y jurisprudencia han identificado indicio y presunción como si fueran sinónimos.

Trátase de un error. Indicio y presunción, dice Alsina, son dos conceptos independientes, pero que se complementan. Un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo.

Presunción es la operación mental en la que por aplicación de esa relación puede llegarse al conocimiento de ese hecho. El indicio es así el punto de partida para llegar a establecer una presunción. Por eso la prueba por presunciones constituye un silogismo en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer.¹⁵

A su vez, la jurisprudencia ha establecido que la presunción constituye el resultado de un proceso lógico mediante el cual de un hecho conocido cuya existencia es cierta, se infiere un hecho desconocido cuya existencia es probable.

El indicio, en cambio, es el punto de partida para llegar a una presunción luego de un juicio valorativo según reglas de la experiencia para acordar un sentido y poder llegar así a determinar un hecho.¹⁶

El indicio es prueba indirecta que permite, a partir de un hecho conocido y comprobado, llegar por vía de inferencia a otro desconocido (C. Penal Rafaela, 20/2/92 J.A. 1993 –IV- síntesis)

¹⁵ ALSINA, Hugo, Tratado teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, pág. 520, año 1942.

¹⁶ C. Civ y Com. Paraná Sala 1ª, Zeus 42 – R. 66 (No 7419)

La actitud evasiva de someterse a los exámenes genéticos sumados a otros medios probatorios, puede acreditar la existencia del vínculo filiatorio y formar la convicción del juzgador habilitándolo para el dictado de la sentencia estimatoria.

Kielmanovich sostiene aunque en posición minoritaria, que la prueba indiciaria exige necesariamente una pluralidad de indicios; puede existir uno solo, del cual pueda ser argüido lógicamente “el hecho relevante para el juicio”, al menos en un sistema de valoración de la prueba regido por reglas de la “sana crítica”, en el que su eficacia dependerá, antes que de su número, del sentido como magistrado, pues del hecho de que la norma regule a este medio de prueba a partir de la denominada presunción polibásica, esto es, de la extraída de una serie de hechos que individualmente no representan el hecho objeto de la prueba sino en su conjunto, convergente y concatenado”.¹⁷

3.- Posesión de estado:

Posesión de estado es, pues, el goce de hecho de determinado estado de familia, con título o sin él.

Se la ha definido también como “el ejercicio prolongado de los derechos y obligaciones propios de una determinada situación familiar, con prescindencia de que quien los ejerza, tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él”, o como el disfrute de un determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado.

Los glosadores y los canonistas requerían, para la existencia de la posesión de estado y con referencia al estado filial, la reunión de tres elementos: nomen, es decir uso del apellido del padre por el hijo; tractatus, o sea trato de hijo recibido del padre, y fama, que era la publicidad de ese trato.

Prayones consideraba que la posesión de estado debía integrarse con elementos análogos a la de la posesión de las cosas, de manera que debía ser continua, pública, inequívoca y de buena fe.

El primero de esos criterios ha sido abandonado por la doctrina moderna, y el segundo no se ha abierto camino. Actualmente se reconoce que el único

¹⁷ KIELMANOVICH, Jorge L. “Valor probatorio de la conducta procesal de las partes” pág. 314

elemento fundamental de la posesión de estado es el tractatus, de manera que hay posesión de estado filial cuando padre e hijo se dan el trato de tales.¹⁸

Actualmente para la acreditación de la posesión de estado el elemento fundamental a considerar por parte de un juez es el trato de padre-hijo, es decir el tractatus, quedando al prudente arbitrio judicial decidir la existencia y la valoración de la posesión de estado.

Trato es aquello que un padre, que por ejemplo es demandado en una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial le ha brindado al reclamante ya sea porque se preocupó por su salud, formación integral, educación o por haber asumido socialmente su responsabilidad como padre.

La ley 23.264 ha jerarquizado la posesión de estado como medio probatorio, siempre y cuando la misma no se contraponga con el nexo biológico. Así el código civil en su art. 256 dispone que: “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”.

Enervar el valor de la posesión de estado debidamente probada, solo será viable con la prueba biológica en sentido contrario.

4.- El plazo de la concepción:

Un aspecto muy importante a tener en cuenta en las acciones de emplazamiento o de impugnación de la filiación, es la acreditación de las relaciones sexuales en el período de la concepción.

La época de la concepción es todo el espacio de tiempo que abarca entre el plazo máximo de duración del embarazo, que es de trescientos días y el plazo mínimo que es de ciento ochenta días, términos que según el artículo 77 del Código Civil admiten prueba en contrario.

Es decir, la fijación de la fecha de la época de la concepción de la persona por nacer es de ciento veinte días, y surge salvo prueba en contrario, de la ecuación

¹⁸ BELLUSCIO, Augusto C., ob. cit. pág. 49.

entre el plazo máximo y mínimo del embarazo, excluyéndose el día del nacimiento.

El dispositivo jurídico mencionado contempla una presunción iuris tantum, ya que la ciencia médica ha demostrado que la preñez se puede desarrollar en un período menor a los ciento ochenta días o mayor a los trescientos, dejando debidamente aclarado que la carga probatoria recae sobre quien pretende destruir la presunción legal del artículo 77.

5.- Otros medios probatorios:

La confesión expresa en juicio, pone fin a éste, pues constituye por sí sola un reconocimiento voluntario que hace innecesaria la sentencia.

En consecuencia, la prueba confesional reconociendo la demanda, es suficiente para su acreditación y por lo tanto, no se necesitará de otros elementos probatorios para su corroboración; la confesión tiene entidad suficiente para constituir plena prueba por sí misma, y por lo tanto, no necesita ser integrada o complementada por otras.

A su vez, la prueba de testigos es muy importante y decisiva en una acción de reclamación de filiación, porque las personas allegadas al demandado son las que conocen las intimidades, lo mismo que los amigos íntimos o parientes, personal de servicio de la casa, etc., que conocen los hechos cotidianos, requiriéndose que sus declaraciones no sean parciales sino objetivas en la medida de lo posible. Allí radica la importancia de la declaración de los testigos porque cuando son personas conocedoras de la intimidad del accionado están en condiciones de aportar datos importantes para que el Tribunal pueda llegar al esclarecimiento de la verdad.

En suma el art. 253 del Código Civil establece que todas las pruebas pueden ser ofrecidas y admitidas por el tribunal cuando se intenta una acción de filiación; tal las pruebas instrumentales (partidas de nacimiento, de defunción, de matrimonio, escrituras públicas, sentencias, etc.).

La prueba informativa puede ser de utilidad; es el caso de pedidos de informes a hospitales, sanatorios, colegios profesionales, etc.¹⁹

¹⁹ LLOVERAS, Nora, ob. cit. pág 84

CAPITULO IV:

SUPUESTO DEL HIJO DE PADRE DESCONOCIDO. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

1- Su Procedimiento:

El art. 255 del Código Civil, dispone que: “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

El dispositivo transcrito es aplicable al caso de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre y cuando la maternidad haya quedado determinada por haberse reconocido al hijo espontáneamente, o por imposición legal.

La concepción y el espíritu que tuvo en cuenta el legislador al sancionar el art. 255 fue que la paternidad del menor no quede definitivamente indeterminada; se trata de hacer efectivo, dentro de lo que la ley puede, el principio de igualdad en la responsabilidad paterna independientemente de que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio, ya que para la ley esto último es irrelevante.

Al Estado y a la sociedad debe importarle y mucho que todo menor tenga la certeza de su filiación, ya que de otro modo se estaría ante una de las formas más graves de discriminación al privarse al niño del derecho a su identidad.

Por ello, inscripto un menor en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo de padre desconocido, el Oficial Público encargado del Registro deberá comunicar el hecho al Ministerio Público de Menores o al Defensor General (en el caso de la Provincia de Santa Fe), el que citará a la madre al solo efecto de que suministre los datos fácticos que permitan individualizar a la persona que ella indique como presunto padre de su hijo; no puede pretenderse que solo con el dato de la maternidad que surge de la partida de nacimiento, el funcionario procure obtener el reconocimiento paterno; será

necesario, en tal caso, que la madre aporte elementos suficientes como para identificar y citar al progenitor de su hijo.

Cabe apuntar que la madre no tiene obligación legal alguna de revelar información o de aportar datos tendientes a determinar la paternidad extramatrimonial del presunto padre; se interpreta que si así no fuere, resultaría invadida su esfera de intimidad y libertad.

Distintas pueden ser las circunstancias que motiven la renuencia de la madre a presentarse al Ministerio Público de Menores o a la Defensoría General, tal como sentirse íntimamente violentada, o tratarse de una relación que ella prefiera sepultar en el olvido, o por ignorancia, o por carencia de recursos económicos, etc.

Si la madre comparece ante la citación del Ministerio Público de Menores o de la Defensoría General, y de sus dichos se desprende que no puede o no quiere identificar al progenitor de su hijo, corresponde el archivo de las actuaciones sin más trámite, quedando expedita al hijo la vía del art. 254 2da parte del Código Civil para reclamar la paternidad extramatrimonial, al alcanzar la mayoría de edad.

En cambio, si la madre suministra datos suficientes del presunto padre, el Ministerio Público de Menores o la Defensoría General en su caso, intentará inicialmente el reconocimiento del hijo mediante gestiones extrajudiciales; fracasadas las mismas, quedará legitimado para promover la correspondiente acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial, a condición de que la progenitora preste su conformidad expresa, ya que la decisión materna prevalece sobre toda investigación de oficio que pueda realizar el Estado.

Es imprescindible para el ejercicio de tal acción que la madre suscriba la demanda conjuntamente con el Ministerio Público de Menores o la Defensoría General, o la ratifique a posteriori, en cuyo caso el organismo deberá adoptar la precaución formal de dejar debida constancia de tal conformidad, la que condiciona la legitimación activa del Ministerio Público de Menores o la Defensoría General.

Lo expuesto lleva a la conclusión que el art. 255 del Código Civil, no determina un procedimiento a seguir en todos los supuestos en que se persiga la

determinación de la paternidad extramatrimonial, ya que es una norma de excepción que autoriza al Ministerio de Menores o a la Defensoría General, a procurar esa paternidad, con la conformidad expresa de la madre.

D^oAntonio sostiene que la intervención de los funcionarios del Ministerio Público debe ser interpretada con amplitud y, en caso de duda, se estará a la procedencia de su intervención.²⁰

Se ha decidido judicialmente que el derecho de la madre a prestar o no el consentimiento no puede ejercerse de manera caprichosa, dándolo y luego denegándolo a su arbitrio.

Doctrinariamente cabe preguntarse si, no obstante el desistimiento de la madre, el Ministerio Público de Menores o la Defensoría General podría proseguir la acción.

Para un sector, hoy minoritario, la respuesta es negativa porque el Ministerio Público de Menores no puede ejercer una acción independiente del consentimiento materno y debe priorizarse siempre el carácter voluntario que caracteriza a la actuación judicial.

No obstante, en las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en agosto de 1986, se aprobó la siguiente recomendación: “La conformidad de la madre solo es necesaria para que el Ministerio Público de Menores promueva la acción judicial de reclamación de la paternidad. El desistimiento posterior de la acción por la madre no paraliza la acción, la que será continuada por el Ministerio Público de Menores”. También en las III Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (setiembre de 1986), el despacho en minoría recomendó que: en la acción del art. 255 del Código Civil., iniciada por el Ministerio Público de Menores, la madre no es necesariamente parte del proceso. La revocación de la conformidad inicial es inocua y el funcionario continuará la actividad procesal.²¹

También en las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal realizadas en Junín en octubre de 1986, el despacho mayoritario

²⁰ D^oANTONIO, Daniel Hugo “Derecho de Menores” Págs. 176/177

²¹ JA 1987-I-827

recomendó: es obligatorio para el Ministerio promover la acción que prevé el art. 255 cuando la madre presta su conformidad expresa. No obstante su desistimiento posterior, el Ministerio Público debe continuarla.²²

En el X Encuentro Nacional de la Justicia de Menores, llevado a cabo en Trelew en noviembre de 1990, se aprobó una ponencia en el mismo sentido sobre la imposibilidad de que una vez promovida la demanda, el posterior desistimiento de la madre, obliga al desistimiento del representante del Ministerio de Menores cuando es éste el que lleva la acción.

Según Zannoni, podría sostenerse, al menos en el ámbito de la Capital Federal, que no obstante el desistimiento de la madre, el Ministerio Público de Menores está habilitado para proseguir la acción ya que en virtud de lo establecido en el art. 137 de la ley 1893 (texto según decr. Ley 5286/57), al asesor de menores e incapaces corresponde intervenir en los asuntos judiciales que interesen a la persona o bienes de los menores de edad, “sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces”. De tal suerte, se sostendría que no obstante el desistimiento de la madre, el asesor de menores continuaría la acción directamente ejerciendo la representación del actor. Nos parece que esta posición yerra al presuponer que el Ministerio Público ejerce una acción independiente del consentimiento que, según la ley de fondo, debe pervivir en la madre. El desistimiento de ésta, en tanto ejerce la patria potestad de su hijo, importa la falta de consentimiento para el futuro, a proseguir la acción de reclamación de la filiación paterna.

Continúa el eximio jurista mendocino diciendo que es cierto que el desistimiento puede, en algún caso, encubrir una negociación repudiable a los intereses del menor –el hijo-; pero no es menos cierto que puede, también, deberse a razones de índole personal, íntima que aconsejen no proseguir la causa. Frente a ello, afirma, debe privar el carácter voluntario que, desde el inicio posee la actuación judicial.²³

²² JA 1986-IV-876

²³ ZANNONI, Eduardo A. “Derecho de Familia”, Págs. 373/374 Ed. Astrea, año 1989.

En nuestra opinión, con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la República Argentina mediante ley 23.849, se han zanjado las diferencias y si la madre dio el consentimiento para ejercer la acción y después lo deniega en forma caprichosa, el Ministerio Público de Menores puede continuar la acción en virtud de lo que establecen los arts. 7º y 8º del citado instrumento jurídico que rezan textualmente:

Art. 7º: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño, resultara de otro modo apátrida.

Art. 8º: 1.- Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

CAPITULO V : DERECHO A LA IDENTIDAD

La identidad es lo que hace que algo sea lo que es y no otra cosa, palabra que etimológicamente del latín “idem”: el mismo o lo mismo, y habiéndose originado en el latín tardío identitas, formada de “ens” y “entitas”: entidad.

Según la psicología tradicional podemos identificarnos a nosotros mismos mediante el acto por el cual nos reconocemos como siendo lo mismo, a pesar de todas las variaciones.

Desde ese punto de vista, el de la psicología, cuando se hace referencia a la identidad del yo se menciona la unidad profunda de la personalidad que identifica a su yo, la diversidad de los estados de conciencia que se suceden en el curso de la existencia.

La identidad se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia. Por ello, el concepto pedagógico la refiere a las modificaciones que un sujeto experimenta a lo largo de su vida, en tanto que el psicológico, hace mención a una secuela de estados de conciencia que se suceden en la vida. Se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras.

Dice Harry S. Broudy, profesor de Illinois: “En cualquier momento yo, como individuo real y verdadero, soy el resultado de mi historia total. Todas las cosas que he hecho, pensado, sentido, recordado, creído e imaginado, quedan registradas en mí. No como ocurrieron originalmente, para ser exacto, sino como efectos de esas ocurrencias”.

Una respuesta a la pregunta ¿Qué soy yo? Es “Tú eres lo que has sido”. “Pero en cada instante, a lo largo de esa historia, yo estaba en tensión hacia el siguiente momento, hacia el futuro y lo mismo estaba cada célula de mis cuerpo. El organismo entero y cada una de sus partes esta tratando, conscientemente o no, de conservar su carácter, ejercer sus facultades y extender sus efectos de manera de asegurar su futuro. Sin esta tensión hacia el futuro, difícilmente

podríamos distinguir los objetos animados de los inanimados, los vivos de los muertos.²⁴

Desde el punto de vista jurídico, en nuestra opinión, el concepto del derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas, espirituales y sociales que permiten individualizar a la persona en sociedad; comprende una faz estática que se refiere a la identidad biológica, registral y otra dinámica relacionada con la idiosincrasia, desarrollo y evolución de la personalidad, todo lo cual conforma la “mismidad” única e irrepetible de cada cual; es decir que la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”, para expresarlo con los vocablos utilizados en fallos judiciales.

El derecho a la identidad conlleva como inherente a toda persona, la posibilidad de conocer su génesis, procedencia u origen.

No es un tema nuevo en el derecho, aunque debe reconocerse que ha adquirido gravitación y relevancia en el orden legislativo, en los últimos años.

Ya la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas en 1948 alude a él cuando hace referencia al derecho de la persona en su nacionalidad y a gozar de una educación orientada hacia la comprensión entre los distintos grupos étnicos y religiosos.

También el Pacto de San José de Costa Rica contiene normas al respecto.

Nuestra Constitución Nacional ha incorporado otras disposiciones sobre el tema, las que han cobrado mayor relevancia después de la última reforma del año 1994; cabe citar la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus arts. 7º y 8º ya citados en el punto anterior.²⁵

D’antonio sostiene que el derecho a la identidad “es el presupuesto de la persona que refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia,

²⁴ BROUDY, Harry S. “Filosofía de la educación”, Ed. Limusa, México, 1977, 1ª reimpresión, p. 68, con cita de Wild “Fenomenología y Metafísica “The Return to Reason, ps. 64, 65.

²⁵ CORBO, Carlos María “Conflicto de intereses entre los derechos a la identidad y a la intimidad”, JA- 2001-IV pág. 14

abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser”

Tal concepto procura precisar todos los aspectos que, siendo interiores a la persona misma, elaborados en función de su existencia o incorporados en razón de su pertenencia sociocultural, la distinguen de las demás y le otorgan individualización propia en las interrelaciones humanas.

Si bien esta proyección objetiva resulta claramente trascendente y ha de constituirse en la faz esencialmente protegida jurídicamente, no es posible desdeñar la existencia de la identidad subjetiva, que conforma la propia persona y que repercute en su comportamiento en forma continua y marcada.

La profundidad de los aspectos que constituyen la identidad personal lleva a que las violaciones a su ejercicio repercutan inexorablemente sobre la libertad y dignidad y, en diversas ocasiones, sobre la intimidad, respecto de la cual media una a veces difusa frontera diferenciadora.²⁶

Goldenberg, citando a la doctrina italiana conceptúa a la identidad tomando a la persona como un centro de reflexión, una dimensión existencial de la libertad, una impronta de trascendencia. Señala el autor que lo que caracteriza al derecho a la identidad consiste en ser uno mismo como cualidad dinámica, fluida, que es la proyección externa del individuo.

Para Nora Lloveras el derecho a la identidad resulta trascendente en el estudio de los derechos del niño y comprende una faz estática y una dinámica; se nos presenta como piedra angular en el primer tramo visible de la formación de la identidad de la persona.

El derecho a la identidad personal –entre otras manifestaciones– comprende el derecho fundamental a una identificación y a una identidad familiar, desde el principio de la vida, según la autora nombrada.

Agrega que los signos exteriores que hacen jurídicamente perceptible tal identidad, se hallan expresamente contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁶ D'ANTONIO, Daniel Hugo “Convención sobre los Derechos de Niño. Edit. Astrea, pág 80, año 2001.

Finalmente preconiza que el derecho a la identidad debe ser digno de tutela jurídica tanto en su aspecto estático como en el dinámico.

En Francia, en cambio, rige un sistema contrario al imperante en nuestro ordenamiento jurídico; entre nosotros, la maternidad quedará determinada según el art. 242 del Código Civil, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; según la ley francesa, la maternidad puede estar indeterminada al momento del parto y por lo tanto la mujer que ha dado a luz tiene el derecho a mantener el secreto de su identidad; es lo que se denomina “parto anónimo” (accouchement sous X) que permite mantener el secreto de la identidad del recién nacido, con o que se logró una disminución considerable del número de abortos y de infanticidios, posibilitando también que la madre no asuma la maternidad en casos en que no esté en condiciones de hacerlo, derecho que según algunos autores franceses, se concede solamente a la madre extramatrimonial.

Un fallo judicial que tuvo una gran repercusión en la opinión pública del país galo, fue el caso Odievre. Referido a una mujer que fue adoptada por un matrimonio francés y que actualmente sigue siendo su familia jurídica y social; ella pretendía conocer sus orígenes biológicos.

El fundamento de su petición se centró en el argumento que el derecho francés al resguardar la confidencialidad de los datos de la madre, viola el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos que textualmente reza: “1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar 2.- No puede haber injerencia de autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo que esa injerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para su seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de otro”.

El Tribunal de Estrasburgo falló sosteniendo que el sistema francés vigente no colisiona con art. 8º de la Convención Europea.

CAPITULO VI:

ALIMENTOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD

1.- Concepto:

La patria potestad es un instituto del derecho de familia orientado hacia la protección de los hijos menores desde el punto de vista de la crianza, educación y preparación a fin de posibilitar el mejor desempeño en la vida. El art. 264 del Código Civil lo define como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

El art. 265 del mismo Código que se refiere a los deberes y derechos vinculados con el ejercicio de la patria potestad, establece que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. Según Zannoni y Bossert, no estamos aquí en el campo de los meros derechos subjetivos organizados sobre la base del interés individual del titular del derecho, sino ante deberes-derechos, que se confieren no sólo atendiendo a sus intereses, sino principalmente, considerando el interés de otro sujeto, en el caso, el menor bajo la patria potestad.²⁷

2.- De los padres hacia los hijos matrimoniales y extramatrimoniales:

Conforme al art. 240 del Código Civil actualmente la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede a su vez ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de nuestro Código.

²⁷ ZANNONI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo, "Derecho de Familia" pág. 392- Ed. 1998.

Según el art. 241, el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que no resulten de ellos si la persona ha sido concebida o no durante el matrimonio, o si ha sido adoptada plenamente.

En consecuencia, el derecho alimentario de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales es legalmente idéntico.

Sentado ya que desde el punto de vista alimentario no hay diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, corresponde decir que ambos padres deben alimentos a sus hijos menores de edad y que los progenitores tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y capacidad económica.

Por ello, deben determinarse cuantitativamente los ingresos de los progenitores para fijar la contribución de cada uno, en caso necesario.

Los padres tienen el deber de proveer a las necesidades de sus hijos menores, y en ello, como se ha sostenido jurisprudencialmente, no está en juego solo el interés individual del hijo, sino que también el de la sociedad, porque la protección y la satisfacción de las necesidades de los menores está, en primer término a cargo de sus progenitores, y únicamente a falta de ellos, a cargo de los demás parientes y subsidiariamente del Estado.

Para ello, los padres deben realizar todos los esfuerzos necesarios mediante trabajos productivos no pudiendo pretextar falta de trabajo o de ingresos suficientes salvo el caso de imposibilidades o dificultades insuperables, según reiterados fallos jurisprudenciales.

La cuota alimentaria debe fijarse calculando lo que el progenitor podría obtener como ingresos regulares según su edad, salud, capacidad laborativa, etc.

En caso de que el demandado aduzca no estar en condiciones de obtener ingresos para satisfacer el reclamo, debe probar ello fehacientemente, tratarse de circunstancias excepcionales que le impidan realizar trabajos remunerados.

De modo que la obligación alimentaria debe cumplirse y solo hechos insuperables y debidamente demostrados, pueden eximirlo.

Es más, si al progenitor no se le conocen ingresos, la deuda por alimentos se va acumulando a través del tiempo y al detectarlos, puede trabarse embargo u otra medida cautelar.

Por supuesto, que para fijar la cuota alimentaria deben determinarse los ingresos de los cónyuges y las posibilidades de cada uno, capacitación, título profesional, oficio, etc., como así también los bienes patrimoniales que poseen y los frutos que rinden o que podrían reeditar en el futuro.²⁸

3.- Hacia los hijos no reconocidos:

Para reclamar alimentos como hijo, hay que gozar de ese estado: el estado de hijo.

Sin embargo, a quien ha entablado la acción reclamando la filiación frente a la negativa del reconocimiento, y siempre que el vínculo surja prima facie verosímil, cabe reconocerle alimentos con carácter provisorio, hasta que se pruebe o se desestime la calidad de hijo.

Esta solución, que implica enfocar el problema con un criterio amplio, es acertada porque hace prevalecer, como corresponde los intereses del menor, ya que en el caso de carecer de recursos la madre y parientes, quedaría el menor en un estado de abandono y privado de los elementos esenciales para la subsistencia, lo que resulta a todas luces, inaceptable.

La jurisprudencia se ha sostenido que:²⁹

Debe admitirse la demanda de alimentos provisionales para la titulada hija del demandado cuando el derecho invocado fuere verosímil, sin que pueda supeditarse dicho reclamo al dictado de la sentencia en el proceso de filiación.

Los gastos que deben solventarse con la pensión alimentaria son impostergables.

Si en principio, el demandado reconoció haber tenido relaciones íntimas con la madre de la menor y unos meses antes de la concepción, había reconocido su

²⁸ CORBO, Carlos María, "Normativa jurídica de los alimentos. Soluciones legislativas al problema de los deudores alimentarios morosos" pág. 59, Edit. Fundación Ross.

²⁹ LA LEY 1984-A pág. 463

firma en un instrumento privado y los testigos que deponen en las actuaciones del juicio de filiación han declarado que el accionado seguía tratando a la madre de la menor aún después del nacimiento de ésta, habiéndole incluso regalado una cuna; en virtud de tales elementos, el Tribunal estimó que el derecho invocado por la progenitora era verosímil y, en consecuencia, correspondía fijar alimentos provisionales.

La circunstancia que se tenga por acreditada la verosimilitud del derecho a los alimentos a favor de un menor no importa pronunciarse con respecto a la procedencia de la demanda de filiación, promovida por la madre contra el presunto progenitor, sino que implica tan sólo apreciar provisionalmente el mérito de la pretensión y de los elementos aportados.

No habiéndose establecido judicialmente la procedencia de la demanda de filiación, se considera que la cuota a favor de la menor no debe ser exactamente proporcionada a los ingresos del presunto progenitor accionado, sino que debe tender a cubrir los gastos más urgentes, aunque la entidad de esos gastos debe ser apreciada teniendo en cuenta el nivel económico del alimentante y la edad de la alimentada.

Respecto a la verosimilitud del vínculo de filiación, en principio, para acordar alimentos, la jurisprudencia ha resuelto que deben considerarse una serie de circunstancias tales como la de que en el juicio de filiación el demandado no haya negado categóricamente la paternidad manifestando estar a las resultas de las pruebas biológicas ordenadas en el juicio; pruebas documentales emanadas del demandado; prueba de la existencia de relaciones íntimas entre el demandado y la madre del menor durante el período de la concepción, etc; la posesión de estado manifestada a través del trato de padre a hijo, y cuanto otro indicio contribuya a fortalecer la sospecha de que el vínculo de filiación realmente existe.

Doctrinariamente, se acepta por algunos autores, que si el juicio de filiación sufre dilaciones provocadas deliberadamente por el defensor del alimentante, el

Juez podrá suspender los alimentos provisionalmente acordados hasta que dicha actitud cese.³⁰

Nos permitimos disentir con el criterio expuesto porque entendemos que de esa manera se favorece al litigante que busca dilatar el pleito, con maniobras y procedimientos que debieran extirparse de nuestros tribunales y que benefician injustificadamente a quien los utiliza. Lejos de suspenderse la prestación alimentaria, ella debe mantenerse para no favorecer los intereses del litigante que obstruye el trámite.

5.- Hacia los hijos por nacer:

Según el art. 63 “Son personas por nacer la que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”

El art. 70 del Código Civil dispone que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Nuestro codificador ha adaptado el derecho, a la realidad biológica ya que, desde que comienza a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia, aunque sustancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.³¹

Es por eso que nuestro Código penal castiga el aborto premeditado como un delito.

Orgaz no está de acuerdo con el concepto de persona humana que alude al hombre solo después del nacimiento. Para este autor la vida humana comienza con la concepción, pero existe persona humana recién después del nacimiento.

³⁰ Kemelmajer de Carlucci, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. Derecho de Daños”, pág. 678, Ed. 1991.

³¹ LLAMBIAS, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil” – Parte General T. 1 pág. 251. Ed. 1964

La doctrina concuerda con la posición de Vélez que en la materia siguió a Freitas.

Jurídicamente la persona concebida en el seno materno desde el punto de vista de su personalidad y de su capacidad, responde al siguiente principio: el concebido es persona para el derecho pero esa investidura es condicional, sujeta a la condición de que nazca con vida.

Desde el punto de vista de la capacidad de hecho es persona absolutamente incapaz; no puede celebrar por sí mismo ningún acto. Actúa por medio de sus representantes.

Desde el punto de vista de la capacidad de derecho goza de una capacidad restringida ya que puede adquirir bienes, pero para la generalidad de la doctrina no tiene capacidad para obligarse; es decir, a la persona por nacer, se le confiere personalidad para todo aquello que la favorezca, pero no para imponerle cargas o gravámenes, según el criterio tradicional.

Pueden adquirir bienes por donación o herencia a tenor de lo dispuesto por el art. 64 del Código Civil y lo regulado por los arts. 1789, 3290, y 3733.

También adquirir bienes por testamento conforme lo dispuesto en el art. 3733 del Código Civil.

La mujer casada embarazada puede demandar por alimentos en representación del hijo por nacer, por los gastos que demanden el embarazo y el parto; es decir, gastos médicos y de alimentación y cuidados que por su estado necesite.

El reclamo puede hacerlo a título propio, contra su cónyuge y contra sus parientes consanguíneos y afines.

La mujer no casada, embarazada, puede dirigir su acción contra quien sería el padre conforme al art. 57 inciso 1º del Código Civil, necesitando probar, prima facie, la paternidad extramatrimonial del demandado por alimentos para el hijo, o al menos, la verosimilitud de los hechos invocados.

La acreditación de la paternidad podrá hacerse a través de las pruebas biológicas de H.L.A. o de A.D.N. sumados a otros medios probatorios; pero las

primeras solo podrán practicarse después que el niño nazca y mientras tanto debe fijarse alimentos provisorios por la posibilidad de demoras o postergaciones.

Es cierto que se corre el riesgo que después de los exámenes quede demostrado que al que se le imputaba la paternidad extramatrimonial no sea el padre, y los alimentos provisionales venían pagándose. Es un riesgo que se corre, pero entre dejar insatisfechas las necesidades alimentarias de la madre que pueden repercutir en el nasciturus y la posibilidad de que quien abone los alimentos no sea el padre, es preferible esto último, en defensa de la vida y el desarrollo del ser concebido en el seno materno.