

¿Impugnación de reconocimiento o impugnación de paternidad? UN CURIOSO CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD

POR BENJAMÍN MOISÁ Y LUIS MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: § 1. El caso. § 2. Acción de impugnación de paternidad matrimonial. a) Precisiones técnicas. Régimen de la Ley N° 23.264. Régimen del Código Civil. Conclusión. b) Procedencia. c) Legitimación activa. d) Legitimación pasiva. e) Inaplicabilidad del artículo 4029. f) Innecesaria declaración de inconstitucionalidad del derogado artículo 4029. g) La cuestión de la retroactividad de la Ley N° 23.264. h) El acierto del fallo. § 3. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. a) Legitimación activa. b) Legitimación pasiva. c) Prueba. § 4. Epílogo

§ 1. El caso

Invitados a comentar un interesante fallo de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, recaído con fecha 25 de marzo de 2008 in re «R., M. c. M., I y otros», comenzaremos por describir el caso.

Del minucioso y muy fundado voto del juez Jorge Mario Galdós -circunstancias a las que ya nos tiene acostumbrados el señor vocal preopinante- al que adhieren los demás miembros de la sala, resulta que M. R. R. acumuló en su demanda, en forma originaria y principal, tres pretensiones: «Impugnó el reconocimiento de la paternidad matrimonial realizado por J. P. R., reclamó su estado de hijo extramatrimonial de M. E. y formuló petición de herencia frente a los herederos de este último».

Con las lógicas reservas que implica el hecho de no haberse compulsado el expediente, de la sentencia que comentamos se desprenden con meridiana claridad los siguientes datos a ponderar: a) el actor, M. R. R., nació el 9 de enero de 1946 durante el matrimonio de su madre, M. S. P., con J. P. R.¹; b) la demanda fue interpuesta contra I. H. M., heredera testamentaria de M. E.,

¹. Ante la duda que nos generaba la sentencia, por correo privado del 11 de mayo de 2008, Jorge Galdós se encargó de confirmarnos que M. R. R. nació durante el matrimonio de M. S. P. con J. P. R., circunstancia de fundamental relevancia respecto de las conclusiones a las que arribaremos.

y J. R. R., hijo de J. P. R.; c) los estudios de ADN producidos como pruebas dan resultado positivo -99,92%; 99,93%; y 99,94%- en cuanto a la paternidad de quien en vida fuera M. E. con relación a M. R. R.; d) el señor M. E. falleció siendo de estado civil soltero; y e) la madre del actor, M. S. P., ya había fallecido al momento de iniciarse el juicio.

Para facilitar el estudio del fallo que anotamos, metodológicamente, analizaremos por separado las dos acciones de estado de familia acumuladas -«acción de impugnación de paternidad matrimonial» y «acción de reclamación de filiación extramatrimonial»-, dejando de lado la «acción de petición de herencia» por no haber sido materia de agravio ni, por lo tanto, objeto de resolución.

§ 2. Acción de impugnación de paternidad matrimonial (artículos 258 y 259)

La sentencia que comentamos es el típico caso en que, por un pequeño defecto en los cimientos, cede toda la construcción doctrinaria elaborada para arribar a una conclusión errada, cual es la declaración de inconstitucionalidad del derogado artículo 4029 del Código Civil. Veamos:

a) *Precisiones técnicas*

En el apartado I de la cuestión I^a del decisorio bajo análisis, el juez preopinante dice que el actor: «Impugnó el reconocimiento de paternidad matrimonial realizado por J. P. R.»; pero, justamente, en la «paternidad matrimonial» no puede haber «reconocimiento», pues el vínculo paterno-filial se presume con respecto a los hijos nacidos durante el matrimonio (art. 243).

Esto ya era así en el régimen originario del Código Civil, vigente al momento del nacimiento del actor (año 1946), circunstancia que se mantiene en el régimen actual. En efecto, el artículo 245 -derogado por ley 23.264- disponía: «La ley pre-

sume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido».

Podría argumentarse que la norma se refería exclusivamente a los hijos «concebidos» -y no a los «nacidos»- durante el matrimonio; sin embargo, si el hijo concebido antes del matrimonio nacía después de su celebración, la legitimación de oficio que se operaba por imperio de los artículos 253² y 322³ importaba la aplicación de la presunción de paternidad⁴. Por lo tanto, de haber existido un reconocimiento por parte de J. P. R., como parece desprenderse del texto del pronunciamiento bajo análisis, el mismo sería jurídicamente intrascendente.

De ahí lo determinante que resulta que el actor haya nacido durante el matrimonio -circunstancia que destacamos en la nota al pie n° 1-, ya que ello nos permitirá fijar con precisión la acción con la que contaba para impugnar su estado filiatorio.

A esta altura nos preguntamos: ¿es correcto el encuadre dado por la sentencia a la pretensión del actor como acción de impugnación del «reconocimiento de la paternidad matrimonial»?

Terminantemente entendemos que no, tanto en el régimen actual (Ley N° 23.264) como en el derogado del Código.

Régimen de la Ley N° 23.264

En el régimen actual, no hay duda alguna que la acción apropiada para que el hijo impugne la paternidad del marido es la «acción de impugnación de paternidad matrimonial» prevista por los arts. 258 y 259, mientras que la «acción de impugnación de reconocimiento», contemplada por el artículo 263, está reservada

². Art. 253 (derogado por ley 23.264). «El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, o si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo el hijo de su mujer».

³. Art. 322 (derogado por ley 23.264). «La denegación de la paternidad no obstará a la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio, y nacidos después, si el marido antes del casamiento supo el embarazo de su esposa, o si por cualquier otro modo reconoció expresamente por suyo el hijo que la mujer diera a luz, sea antes o después del nacimiento».

⁴. Cfr. Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, t. II (Familia), p. 425, n° 24, EDIAR, Buenos Aires, 1945.

para la «paternidad extramatrimonial»⁵.

Régimen del Código Civil

Por su lado, dentro del sistema restrictivo que estructuró nuestro Código Civil en su versión original, respecto de la «acción de impugnación de la paternidad matrimonial», la legitimación activa resultaba conferida tan sólo al marido (art. 256⁶); y en caso de fallecimiento de éste sin que hubiera caducado la acción, tenían la posibilidad de promoverla sus herederos y cualquier persona que tuviera interés actual en ello (art. 258⁷). Comenta Azpiri que: «No había suscitado grandes discrepancias doctrinarias la legitimación exclusiva en cabeza del marido, porque respondía a la situación imperante en la época». Y en lo referente a la ampliación de legitimación prevista por el artículo 258 para el caso de fallecimiento del marido, destaca el autor que venimos siguiendo en estos desarrollos: «se sostuvo que era inmoral reconocer acción al hijo porque de esa manera acusaba a su madre de ser adúltera, pretendiendo con ello obtener después una ventaja patrimonial de su verdadero padre»⁸.

En cuanto a la «acción de impugnación de reconocimien-

⁵. Con razón observa Azpiri que hay una imprecisión terminológica en la norma cuando alude a los «hijos concebidos fuera del matrimonio», puesto que el momento a tomar en cuenta para determinar la filiación, luego de la ley 23.264, es el nacimiento, debiendo interpretarse de ese modo (Jorge O. AZPIRI, *Juicios de filiación y patria potestad*, p. 277, Hammurabi, Buenos Aires, 2006).

⁶. Art. 256 (derogado por ley 23.264). «Mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio».

«Debe señalarse que el sentido de la norma era claro, aunque se incurría en un error terminológico al decir 'legitimidad', cuando en realidad es una acción de impugnación de la 'paternidad'» (Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 59).

⁷. Art. 258 (derogado por ley 23.264). «Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrán dos meses para interponer la demanda. Este término correrá desde el día en que el hijo hubiese entrado en posesión de los bienes del marido. No hay lugar a demanda cuando el padre hubiese conocido al hijo en su testamento, o en otra forma pública».

⁸. Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 223 y s.

to», el derogado artículo 335 del Código Civil establecía: «El reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, o por los que tengan interés en hacerlo»⁹. Como notoriamente se advierte, la acción estaba reservada a los hijos naturales, esto es, a los «hijos nacidos fuera del matrimonio» (originarios artículos 311 y 324), y sujeta al plazo de caducidad del derogado artículo 4029¹⁰.

Conclusión

En suma, más allá de los términos empleados en la demanda y en virtud de las facultades conferidas a los jueces por el principio *iura novit curia*, el encuadre correcto de la pretensión del actor debió ser «acción de impugnación de paternidad matrimonial» (arts. 258 y 259, Código Civil -textos según ley 23.264-), pues la «acción de impugnación del reconocimiento» -tanto en el régimen original (art. 335) como en el actual (art. 263)- es propia de la filiación extramatrimonial.

Cabe aclarar que, si bien en el primitivo régimen del Código Civil el «hijo legítimo» no tenía acción para impugnar la «paternidad matrimonial» en virtud de los valores morales imperantes en la sociedad de aquel entonces; al momento de la demanda (7 de noviembre de 2002), como consecuencia de un cambio en esos valores, ya se encontraba vigente la ley 23.264 que hoy nos rige, la cual otorga a los hijos nacidos durante el matrimonio acción para impugnar la «paternidad matrimonial».

⁹ «La legitimación la tiene el propio hijo y los que tengan un interés legítimo.

Ésta era la solución del régimen original del Código Civil, pero la ley 14.367 modificó el sistema reconociéndola sólo al hijo y a los herederos forzosos del reconociente.

Esta reforma fue criticada por cuanto privaba de acción nada menos que al verdadero padre o a la verdadera madre.

La ley 17.711 volvió al sistema del Código, que fue mantenido por la ley 23.264» (Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 278).

¹⁰. Cfr. Eduardo B. BUSSO, *obra citada*, p. 790 y ss.

b) *Procedencia*

Como lo hemos anticipado: «la acción de impugnación de la paternidad tiene por fin desvirtuar la presunción que existe respecto del marido de la madre, demostrando que aquél no es el padre biológico del hijo que tuvo ésta»¹¹.

La redacción del artículo 258 (texto según ley 23.264) parecería conferir la acción sólo al marido, pero el artículo siguiente se encarga de establecer con claridad quiénes son los legitimados activos.

c) *Legitimación activa* ¹²

El artículo 259 (texto según ley 23.264) dispone: «La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido».

De este modo el artículo transcrito viene a reconocer como legitimados activos de la «acción de impugnación de paternidad matrimonial» al marido, al hijo y a los herederos del marido en tanto no haya caducado la acción en vida de éste. Con referencia al último supuesto, corresponde aclarar que, cuando el marido hubiera promovido la acción, sus herederos pueden continuarla según las normas procesales aplicables en caso de fallecimiento

¹¹. Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 219.

¹². Cuando nos referimos a la legitimación, tanto activa como pasiva, en todos los casos lo hacemos con respecto a la *sustancial* y no a la *procesal*.

del actor.

En cuanto a la legitimación activa del hijo, que es la que nos interesa a los fines de esta nota, indudablemente el artículo 259 en su actual redacción se hace eco del «derecho a la identidad», ahora reconocido de un modo expreso con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Como bien lo destaca el juez Galdós en su voto: «No puede sostenerse seriamente que el derecho humano a la identidad como hijo existe como tal y con jerarquía constitucional, sólo a partir de la reforma de 1994 [...] Es cierto que, 'expresamente', ha quedado consagrado al producirse la constitucionalización de los Tratados (art. 75, inc. 22), pero implícitamente ya existía por ser un derecho humano fundamental (art. 33)».

d) Legitimación pasiva

«En caso que la acción sea entablada por el hijo -que, como hemos dicho, es el supuesto que en este comentario nos interesa-, debe ser dirigida contra el marido de la madre que figura como su padre y contra su madre porque está en juego el vínculo filial matrimonial y se presenta, entonces, un caso de litisconsorcio pasivo necesario»¹³.

Luego, I. H. M. -heredera testamentaria de M. E., padre biológico del actor- manifiestamente carecía de legitimación pasiva para oponerse a la «acción de impugnación de paternidad matrimonial» intentada por el actor, M. R. R., respecto de la paternidad de J. P. R., incluso cuando se tratase de una «acción de impugnación de reconocimiento», como erróneamente lo consigna la sentencia.

Debe señalarse que el hecho que la «acción de impugnación de paternidad matrimonial» haya sido procesalmente acumulada a la «acción de filiación extramatrimonial» y a la «acción de petición de herencia», respecto de las cuales si tiene interés

¹³. Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 246.

legítimo I. H. M., como heredera testamentaria de M. E. -padre biológico del actor-, no priva de autonomía a la primera de las acciones mencionadas ni, en virtud del carácter personalísimo de los derechos involucrados, autoriza a un extraño -como lo es I. H. M.- a invocar una defensa (derogado artículo 4029) que, más allá de su inaplicabilidad al caso -como veremos enseguida-, está reservada a los legitimados pasivos.

Ante el fallecimiento del padre y la madre, como la reforma no indica expresamente a quién debe demandar el hijo¹⁴, en razón del carácter personalísimo del vínculo filial matrimonial, nos queda duda sobre la legitimación pasiva de J. R. R. -hijo de J. P. R.- para contestar la acción; de todos modos, su allanamiento, tornó inocua su intervención en la causa.

e) Inaplicabilidad del artículo 4029

El artículo 4029 del Código Civil, derogado por la ley 23.264, textualmente establecía que: «La acción del hijo reconocido por el que se dice su padre, contra el reconocimiento hecho, se prescribe por dos años desde que el hijo llega a la mayor edad».

En consecuencia, siendo el reconocimiento un acto jurídico familiar -propio de la filiación paterna extramatrimonial, pues la matrimonial se presume- en virtud del cual una persona declara que otra es su hijo¹⁵, está claro que del propio texto del referido artículo 4029 resulta que no puede ser invocado como defensa para enervar una «acción de impugnación de paternidad matrimonial». Y a este argumento textual se suma otro, irrefutable por la lógica de las circunstancias: en el sistema primigenio del Código Civil no era posible impugnar la «paternidad matrimonial», por lo que no queda duda que el artículo 4029 se refería exclusi-

¹⁴. Augusto César BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, t. II, p. 223, Depalma, Buenos Aires, 1988.

¹⁵. Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 96 y ss.; Augusto César BELLUSCIO, *obra citada*, t. II, p. 231.

vamente a la «acción de impugnación de reconocimiento», pues no podría haber sido legislado con respecto a una acción inexistente en aquella época. A ello podría agregarse, todavía, la interpretación restrictiva que rige en materia de prescripción, aunque nosotros entendemos que en realidad el artículo 4029 preveía un caso de caducidad.

En tal sentido, al margen de que el artículo metodológicamente estaba ubicado dentro del título del Código que trata «De la prescripción de las acciones en particular» y de que su texto literalmente decía «se prescribe», los efectos previstos eran los propios de la caducidad -y no de la prescripción-, pues, el término fijado para el ejercicio de la acción era fatal -no podía ser alterado por suspensión o interrupción- y, vencido el mismo, el derecho se perdía de manera inexorable, sin que subsistiese ni siquiera una obligación natural. Como atenuante por la equívoca terminología empleada, corresponde recordar que el Código Civil sólo legisló sobre la prescripción -forma de extinción de la acción- y no sobre la caducidad -modo de extinción del derecho-, a diferencia de otras legislaciones más modernas que contemplan ambas figuras¹⁶.

De haber sido aplicable el derogado artículo 4029 al caso que anotamos -lo cual, reiteramos, descartamos de manera concluyente-, contrariamente a lo sostenido en la sentencia, entendemos que era decisivo tomar posición sobre si el plazo previsto era de prescripción o de caducidad. En efecto, en el primer caso, la prescripción no podría haber sido declarada de oficio y, como hemos visto, I. H. M. -heredera testamentaria del padre biológico del actor- carecía de legitimación pasiva en la «acción de impugnación de paternidad matrimonial»; en el segundo caso, tesis a la que adherimos, comprobado el vencimiento de un término de caducidad fijado por la ley, el juez no podría de ninguna manera dejar de pronunciarse¹⁷.

¹⁶. Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, t. III, p. 233 y ss., Zavalía, Buenos Aires, 2004.

¹⁷. Luis MOISSET DE ESPANÉS, *obra citada*, t. III, p. 237.

f) Innecesaria declaración de inconstitucionalidad del derogado artículo 4029

Según nuestra opinión, no siendo aplicable el derogado artículo 4029 -lo cual hace que exceda los límites de este trabajo elucubrar sobre su hipotética inconstitucionalidad-, la cuestión deviene abstracta y, por lo tanto, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, no debió declarar la inconstitucionalidad de la citada norma. Es del caso recordar que, como reiteradamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derecho, y no compete a los jueces hacer declaraciones generales y abstractas¹⁸.

Ahora bien, admitiendo por vía de hipótesis la aplicación al caso del derogado artículo 4029 -hipótesis concretada erróneamente en la sentencia-, era imprescindible que el tribunal determinara previamente si la figura prevista por la norma era un supuesto de prescripción o de caducidad, puesto que, de elegir la primera opción, debería haber rechazado el planteo defensivo de I. H. M. por carecer de legitimación pasiva; mientras que, de elegir la segunda -la cual, en la hipótesis, estimamos correcta-, al tener que declarar oficiosamente la caducidad de la acción, recién entonces podría haberse planteado la Cámara la cuestión sobre la constitucionalidad de la norma.

Sin perjuicio de ello y más allá de que se la comparta o no, debe destacarse la interesante y muy fundada construcción doctrinaria, efectuada en su voto por el juez Galdós, para arribar a la inconstitucionalidad del derogado artículo 4029 del Código Civil.

g) La cuestión de la retroactividad de la ley 23.264

¹⁸. CSJN, *Fallos*, 199:213, 221:215, 235:250, 236:673, 303:1852, 303:2022, entre otros.

Bidart Campos observa que, pese al silencio de la Constitución Nacional en materia no penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía jurisprudencial ha establecido que: «el principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley -el Código Civil- y carece, por ende, de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 17».

Ciñéndonos al caso anotado, al introducir en los artículos 258 y 259 la «acción de impugnación de paternidad matrimonial», la ley 23.264 pone a disposición de los legitimados activos una acción que antes no existía, por lo que el ejercicio de esta nueva acción de ningún modo implica una aplicación retroactiva de la ley.

Por lo demás, la última parte del actual artículo 251, al establecer la *prescriptibilidad* de los derechos patrimoniales derivados de un determinado estado de familia, deja a salvo los derechos adquiridos de esa índole.

h) El acierto del fallo

En suma, aunque por los distintos fundamentos dados, no podemos sino coincidir con el acogimiento resuelto, tanto en primera como en segunda instancia, de la impugnación efectuada por el actor, M. R. R., de la paternidad matrimonial de J. P. R., lo cual responde a las exigencias de una verdad biológica garantizada por nuestra Constitución Nacional. De paso deseamos señalar que ya en 1961, en ponencia presentada al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Moisset sostuvo enfáticamente que «al derecho le interesa establecer la realidad del lazo biológico¹⁹, y como consecuencia de ello propuso una modificación de la norma-

¹⁹. Ver *Actas*, T. I, p. 244.

tiva entonces vigente (artículo 254 del Código civil), para permitir impugnar la existencia de vínculo cuando las pruebas biológicas demostrasen incompatibilidad absoluta, propuesta que fue acogida en el despacho y en la recomendación definitiva²⁰.

§ 3. **Acción de reclamación de filiación extramatrimonial (art. 254)**

Resuelta en forma positiva la «acción de impugnación de paternidad matrimonial», quedó allanado el camino (art. 252) para el acogimiento de la «acción de reclamación de filiación extramatrimonial», la cual, como es sabido, es la que se concede al hijo para lograr que un hombre sea declarado judicialmente su padre o una mujer, su madre²¹.

En el sentido indicado, el segundo párrafo del artículo 254 del Código Civil dispone: «Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre».

a) Legitimación activa

En el caso que comentamos, al ser ejercida la acción por el propio hijo, M. R. R., su legitimación activa no ofrece dificultades.

b) Legitimación pasiva

Tampoco hay mayores inconvenientes con la legitimación pasiva; sin embargo, resulta necesario efectuar algunas precisiones.

Al haber fallecido soltero el padre biológico -M. E.- del actor, la legitimación pasiva en la «acción de reclamación

²⁰. Ver Recomendación N° 7, *Actas*, T. II, p. 773.

²¹. Jorge O. AZPIRI, *obra citada*, p. 195.

de filiación extramatrimonial» recae sobre la demandada I. H. M., heredera testamentaria de M. E. y, por lo tanto, sucesora universal del causante (art. 254, párr. 2º, Código Civil).

Quede claro, como lo destacamos en el acápite anterior (§ 2, d), que la legitimación pasiva de I. H. M. en esta acción no se hace extensiva a la «acción de impugnación de paternidad patrimonial» de M. R. R. respecto de J. P. R., más allá de su acumulación procesal.

Por idéntica razón, no nos queda duda que J. R. R. -hijo de J. P. R.- carece de legitimación pasiva en la «acción de reclamación de filiación extramatrimonial», con relación a la cual es un completo extraño.

c) Prueba

El estudio comparativo del ácido desoxirribonucleico (ADN) efectuado por tres laboratorios distintos conduce a una convicción cercana al 100% -99,92%; 99,93%; y 99,94%- de la paternidad extramatrimonial de M. E. respecto del actor, M. R. R., lo cual, consecuentemente, excluye su vínculo biológico con J. P. R.

§ 4. Epílogo

Más allá de nuestras discrepancias doctrinarias parciales con los fundamentos jurídicos dados por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, habiéndose desvirtuado el vínculo filiatorio matrimonial paterno con J. P. R. y probado el vínculo biológico con M. E., es correcta la sentencia al emplazar al actor, M. R. R., como hijo extramatrimonial de M. E.