

CAPÍTULO XI — ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE LA FLILIACIÓN

- A) Impugnación de la paternidad matrimonial
- B) Impugnación de la maternidad matrimonial
- C) Impugnación del reconocimiento

Capítulo XI

ACCIONES DE IMPUGNACION DE LA FILIACION

173. Acciones de impugnación de la filiación

Las acciones de impugnación de la filiación están incluidas conformando el capítulo IX, desde el artículo 258 al 263 y abarcando la impugnación de la paternidad matrimonial, de la maternidad matrimonial y del reconocimiento de hijo extramatrimonial.

A) IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

174. Supuestos comprendidos

Conforme al texto del artículo 258, la impugnación de la paternidad matrimonial comprende los supuestos básicos en que opera u operaría la presunción de paternidad matrimonial, esto es, el de los hijos nacidos o a nacer después de la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días de su disolución o anulación.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 260, se dispone un distinto tratamiento para los supuestos de hijos nacidos antes o después de los 180 días de la celebración del matrimonio (concebidos antes o después de la misma).

- I. *Impugnación de la paternidad de los hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días de su disolución por muerte o anulación del matrimonio*

175. Fuentes del artículo 258

Los antecedentes inmediatos del artículo 258 son los artículos 247 y 248 del proyecto Menem-Sánchez. La redacción impresa al

texto en Diputados agregó a la de Senadores, la referencia expresa al divorcio y separación de hecho en el primer párrafo, omitida en la formulación de la Cámara de origen. La última oración propuesta por ésta fue suprimida en la Cámara revisora. Finalmente, el Senado insistió en su redacción originaria.

176. Ambito de aplicación del primer párrafo del artículo 258

La hipótesis considerada es la típica en la caracterización de los hijos matrimoniales, correspondiendo a la impugnación rigurosa en el régimen del Código Civil.

177. Caracterización del régimen vigente

Conforme al ordenamiento de los distintos regímenes legales históricos y vigentes de impugnación de la paternidad matrimonial que ofrece Rivero Hernández, a la que ha hecho referencia (³⁰⁶), el sistema del Código de Vélez se ubica en el calificado como cerrado porque la acción exclusivamente precedía por las causales de imposibilidad del acceso con la esposa en la época de la concepción o su adulterio unido a la ocultación del parto o de fraude en el alumbramiento (arts. 246, 252 y 261 sustituidos). El sistema por que optó el legislador de 1985 se ubica en el extremo opuesto de la escala: es abierto pues el marido dispone de la instancia impugnadora sin dependencia alguna de la configuración de un supuesto legal predeterminado.

178. Fundamentación

El régimen estructurado por el codificador había sido objeto de algunas críticas que rebatían o intentaban rebatir, los argumentos

(³⁰⁶) *Supra*, Nº 33, e).

consistentes en la preservación del orden e intimidad familiares y el favor *legitimatis*. Se ha esgrimido la preeminencia del nexo biológico por encima de cualquier otra consideración, la imposibilidad de reducir la realidad a esquemas rígidos, la idéntica perturbación que produce en el seno de la familia la acción entablada por darse uno de los presupuestos de ley, las consecuencias, si bien no generalizadas pero verdaderas, de la inseminación artificial, el transplante del embrión, la fecundación extracorpórea; el interés social en que se logre la concordancia de los vínculos biológico, socio-afectivo y jurídico (³⁰⁷).

La prohibición legal absoluta de destruir la presunción de paternidad matrimonial sería absurda por refiida con los hechos. Pero cabe, no obstante, preguntarse si la libertad de impugnación ha de ser, a su vez, absoluta o si pueden admitirse restricciones, ya sea en forma de limitaciones en la legitimación activa o de condiciones de caducidad, aunque sean actos para conducir a la negación del hecho generacional en algún caso determinado.

Cada una de las cuestiones requiere su respuesta particular. El planteamiento de supuestos legales tiene su contrapartida en la imposibilidad de prever la multiplicidad de situaciones fácticas y la dificultad de clasificar *a priori* cuáles son más graves que otras. Grosman ofrece un interesantísimo estudio elaborado con el análisis de sentencias de tribunales argentinos que, interpretando los artículos 246 y 252 del Código Civil, pone en evidencia la dificultad de mantenerse en los márgenes de la justicia si se hacía de los mismos una hermenéutica estrictamente ajustada a las palabras de la ley (³⁰⁸). Por el contrario, Belluscio, en la fundamentación del artículo 252 de su proyecto, se pronunció por el mantenimiento de una reglamentación limitativa de los casos de impugnación o desconocimiento de la paternidad del marido “para evitar que pueda

(³⁰⁷) Sobre el último aspecto: GROSMAN, *Acción de impugnación cit.*, p. 161.

(³⁰⁸) *Idem*, cap. IX.

ponerse en tela de juicio la conducta de la mujer casada sin fundamentos serios para ello" (³⁰⁸⁻¹). Del sistema del Código Civil, afirmaba Mazzinghi que era razonable y que constituía un camino intermedio entre los dos extremos igualmente inconvenientes, admitiendo que el debate sobre la paternidad se entablara en caso de que existieran motivos serios para que, objetivamente, surgieran dudas sobre el hecho de la paternidad presumida. Del texto proyectado opinó que si bien era necesaria una reformulación de las causas establecidas en el Código Civil, valorando las posibilidades científicas actuales, la posibilidad de impugnar la paternidad legítima debía quedar restringida a supuestos muy concretos en homenaje a la estabilidad familiar (³⁰⁹).

La titularidad activa única del marido es lógica "pues a él le corresponde velar por la integridad y el honor de su familia, bienes cuya custodia no compete a terceros" (³¹⁰) razonamiento al que se une el de ser la persona que se encuentra en mejores condiciones de conocer si el hijo de su esposa es o no suyo. Sin embargo, es imaginable que pueda prestarse, a veces, a una actitud abusiva por parte del legitimado en perjuicio del interés del hijo.

Ante la dificultad de conciliar criterios sobre estos dos aspectos fundamentales, la caducidad de la acción ofrece un útil correctivo de la que es riesgosa actitud ampliamente favorable a la impugnación de la paternidad matrimonial, principalmente en pro de la estabilidad del estado de familia y teniendo en cuenta que las circunstancias de hecho son tales que aparecen patentes al marido en cuanto toma conocimiento del nacimiento. La "apertura" del régimen de impugnación no significa que ésta va a ser aceptada sobre la base de pruebas insuficientes o apreciadas en forma superficial. Más bien es de esperar que los tribunales se avoquen

(³⁰⁸⁻¹) Diario de Sesiones del Senado cit., p. 2299.

(³⁰⁹) MAZZINCHI, *op. y loc. cit.*, Nº 511 y *Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley* en L. L. del 11 de octubre de 1985.

(³¹⁰) *Idem*, Nº 515.

al conocimiento de esas causas con estrictez para apreciar las razones invocadas y la prueba ofrecida y que la condición previa establecida en el último párrafo del artículo 258 actúe como tamizadora de las demandas permitiendo que sólo se dé curso a aquellas auténticamente apoyadas en hechos verosímiles.

Sea permitido recordar, de un debate de inolvidable elocuencia, el párrafo de Santiago Carlos Fassi pronunciado en las deliberaciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil: “Lo más ennoblecedor de la filiación es esa actitud del hombre que nunca tiene la seguridad de su paternidad, y sin embargo la afirma como la verdad más sabida y frente a la cuna de la criatura dice: éste es mi hijo” (³¹⁰⁻¹).

179. Requisito previo a la admisión de la demanda

El último párrafo del artículo 258, dispone que en las acciones contempladas en el mismo “para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda”.

El trámite legislativo de este texto fue complejo. La redacción propuesta en el artículo 248 del proyecto Menem-Sánchez exigía la existencia de *principio de prueba por escrito* para que se diera trámite a la demanda. Zannoni explicó, en la reunión de expertos, que esta inclusión reconocía como antecedente el derecho español donde la expresión “principio de prueba” equivale a “un análisis de la verosimilitud del derecho, no de prejuzgamiento”, pudiendo ser reemplazada por una expresiónanáloga a la incluida en el proyecto definitivo (³¹¹). En su intervención en el Senado, el senador Menem anticipó que la fórmula propuesta necesitaría un posterior tratamiento procesal imprimiéndole posiblemente el procedimiento de una información sumaria (³¹¹⁻¹). En el debate de Dipu-

(³¹⁰⁻¹) Universidad Nacional de Córdoba, III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961, T. I, p. 282. Es citado por Mazzinghi en el artículo recién mencionado.

(³¹¹) Diario de Sesiones del Senado *cit.*, p. 3288.

(³¹¹⁻¹) *Idem*, p. 2241.

tados terminó imponiéndose la tesis opuesta al contenido del párrafo, a cuyo respecto expresó el diputado Stolker que "su vigencia determinaría la necesidad de una preconstitución probatoria en proceso que no sería contradictorio sino de jurisdicción voluntaria por lo que en definitiva terminaría por anarquizar el proceso, dada la falta de control de la otra parte" (³¹²).

Acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se apoya la gravísima acción de impugnación de paternidad matrimonial es razonable y prudente. Significa atender al riesgo de que se presenten impugnaciones infundadas ante el impulso de la pasión o del resentimiento, cuando no, de un propósito extorsivo. El antecedente no es sólo del derecho español, sino también de jurisprudencia suiza y legislación etíope en que se exige *ab initio* la acreditación de la seriedad de la actuación procesal que se pretende (³¹³).

Los ejemplos son obvios: ausencia del marido, su impotencia, haber estado en prisión, etcétera.

180. Circunstancias invocables

Al impugnante le basta con afirmar y demostrar fehacientemente que el tenido como padre no puede serlo o que la paternidad que resulta de la presunción legal no debe ser razonablemente mantenida. Las circunstancias fácticas son variadas: no haber tenido el marido relaciones íntimas con su mujer durante la época de la concepción por encontrarse ausente, privado de la libertad, enfermo; por haber sido la esposa la que no habitó en el hogar conyugal en el citado período; ser el marido impotente o estéril; mediar adulterio de la esposa, haber ocultado ésta el nacimiento del hijo; haberse cometido fraude en el parto por sustitución de personas o simulación del alumbramiento; haberse sometido la esposa a inseminación artificial con semen de un tercero.

(³¹²) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados *cit.*, p. 7577.

(³¹³) Ver RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación* *cit.*, p. 115.

Es importante subrayar que la limitada comprensión de causales fácticas cubre la posibilidad de accionar de todos los investidos de legitimación activa.

181. Sujetos activos

Son titulares de la acción, el marido, el hijo y los herederos del marido (art. 259).

El proyecto Menem-Sánchez proponía como sujetos titulares al marido (art. 247), el hijo (art. 253), los herederos del marido o de la madre (art. 254). En el proyecto Belluscio, son titulares el marido (art. 252) y los herederos o cualquier persona interesada, esta última después de la muerte del marido cuando la acción no hubiera caducado (art. 253).

a) *El marido*. Dotado de indiscutible derecho y de la posibilidad de hecho más efectiva, se cuestionan algunas situaciones particulares que pueden afectarlo, en especial cómo proceder a la defensa de su interés cuando no puede actuar por sí mismo, por estar interdicto o haber sido declarado simple ausente.

Cafferata se pronuncia a favor de la intervención del curador del interdicto como único medio apto para impedir la incorporación de un hijo ajeno al seno de la familia⁽³¹⁴⁾. Este criterio es tradicionalmente minoritario⁽³¹⁵⁾. Belluscio comparte el criterio predominante⁽³¹⁶⁾; Borda emitió opinión para el régimen del Código Civil rehusando la intervención del curador en el supuesto de adulterio con ocultación del parto por lo íntimo del hecho involucrado que el representante legal no puede conocer⁽³¹⁷⁾; Mazzinghi se inclinó por la tesis restrictiva salvo que el interdicto conservara

⁽³¹⁴⁾ CAFFERATA, José Ignacio, *La impugnación de la paternidad* en Revista del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, abril-junio de 1948, p. 261.

⁽³¹⁵⁾ LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1887, T. 1, com. al art. 256, p. 199; MACHADO, *op. cit.*, t. I, nota al art. 256, p. 480.

⁽³¹⁶⁾ BELLUSCIO, *Manual cit.*, t. II, Nº 459.

⁽³¹⁷⁾ BORDA, *Familia, loc. cit.*, Nos. 630 y 631.

cierto discernimiento en cuyo caso aceptó la actuación conjunta del curador y el asesor de menores previa autorización judicial en forma análoga a la que preceptúa el decreto-ley 8204/63 para el reconocimiento de hijo extramatrimoniales ante el Registro Civil por varones menores de 16 años (³¹⁸). Por fin, Bossert y Zannoni también se ubicaron en la orientación limitativa porque la curatela está organizada atendiendo fundamentalmente a los intereses patrimoniales del incapaz. Recuerdan otro argumento frecuentemente señalado: la incongruencia de pretender la actuación del curador para impugnar la paternidad ya que probablemente el que asume la representación legal del marido es la esposa, que, además de no intervenir como tal, tampoco se encontrará dispuesta a solicitar la designación de un curador *ad hoc* (³¹⁹).

Lo esencial de estas consideraciones no tiene por qué variar ante la supresión de la casuística del Código Civil porque siempre la impugnación de la paternidad se basará en circunstancias que hacen a la mayor intimidad del matrimonio, ajenas al conocimiento directo del representante legal. Es razonable entonces, inclinarse por la tesis restrictiva pero, como es también generalizado en los autores que la sustentan, recalando que el término de caducidad no puede iniciarse antes de que el marido se encuentre en condiciones de accionar por sí mismo. Es obvio que se corre el riesgo de que si la recuperación del que es tenido como progenitor no se produce, el hijo contaría a su muerte con un estado civil que no le corresponde, pero entonces cabe la acción ejercida por los herederos de aquél.

Las precedentes observaciones son extensivas al caso del marido simple ausente (³²⁰), en cuyo caso es posible que se produzca, posteriormente a la declaración como tal, la de su muerte presunta con los mismos efectos de la muerte probada.

(³¹⁸) MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 515.

(³¹⁹) BOSSERT y ZANNONI *Hijos legítimos*, com. al art. 256, parágr. 10 y *Régimen legal* cit., com. al art. 259, parágr. 7.

(³²⁰) *Idem*, parágr. 11 y 8, respectivamente.

Las cuestiones planteadas por la inseminación artificial han sido consideradas en su lugar (³²¹).

El marido que inscribió el nacimiento conforme al artículo 242 no es hábil, en principio, para impugnar, porque su situación es análoga a la contemplada en el artículo 245, con mayor justificación aun en el sentido de que los supuestos contemplados en el artículo 258 incluyen la existencia de la presunción de paternidad matrimonial. Sin embargo, ante la amplísima gama de circunstancias invocables, no parecería conforme al espíritu de la ley negarle el ejercicio de la acción si éstas han llegado a su conocimiento después de la inscripción, siempre dentro del término de caducidad establecido.

b) *El hijo.* La legitimación activa del hijo contra su filiación paterna matrimonial constituyó un tema conflictivo durante la vigencia del Código Civil en su redacción originaria. En ese prolongado debate se hicieron oír muchas voces autorizadas en favor y en contra. El argumento decisivo para negar entidad jurídica a esa legitimación es de orden ético porque equivale a autorizar la invocación del adulterio de la madre. La principal objeción interpretativa resultaba de la enfática redacción del artículo 256 y de la inexistencia de norma que la contradijera atribuyendo el ejercicio de la acción al hijo (³²²). Ante la actual norma expresa sólo cabe la apreciación crítica del supuesto.

Ha de estimarse que se trata de una concesión más a la voluntad legislativa de asegurar la preeminencia del factor biológico como causa fuente de la filiación. En este orden de ideas se ubican algunos de los argumentos que pretendían justificar la legitimación del hijo en el régimen de Vélez. Díaz de Guijarro, contemplando a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, consideraba que los principios que rigen su situación parten del fenómeno biológico

(³²¹) *Supra*, Nº 124.

(³²²) Ver resumen de opiniones en BELLUSCIO, Augusto César, *«Acción de desconocimiento de paternidad entablada por el propio hijo»* en L. L. 1979-B, 427.

que constituye la ineludible y única base de la determinación jurídica de ambas categorías”⁽³²³⁾). Borda escribió que “el derecho de las personas a reclamar el estado que realmente les corresponde no puede negarse sin contribuir a la alteración de una verdad sustancial, a mantener una situación falsa”⁽³²⁴⁾.

No obstante, conserva toda su importancia la argumentación ética, por ejemplo, de López del Carril que ve en la actuación del hijo una carencia moral⁽³²⁵⁾, de Mazzinghi que señala que el solo planteamiento de la demanda es suficiente para deshonrar el nombre de ambos cónyuges, para proyectar sombra sobre los hermanos y alterar la paz familiar y social⁽³²⁶⁾; de Zannoni que encuentra infranqueable el ámbito de la intimidad conyugal y familiar e inadmisible admitir al propio hijo a erigirse en censor de la conducta de sus padres⁽³²⁷⁾; de Belluscio, para quien es evidente el fundamento moral que conduce a negar la acción al hijo que esgrimiría su propia condición de extramatrimonial basado en el adulterio de su madre. “Es que no siempre, escribe el último autor citado, la realidad biológica debe prevalecer por encima de todo razonamiento de tipo moral o ético, pues la investigación de dicha

(323) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico filial*, en J. A. 1975-29, 570, Nº 11 in fine.

(324) BORDA, *Familia*, loc. cit., Nº 639.

(325) LÓPEZ DEL CARRIL, *La filiación* cit., Nº 605.

(326) MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 516.

(327) ZANNONI, Eduardo A., *El desconocimiento de la paternidad legítima intentado por el propio hijo*, en L. L. 1977-D, 69 y ss., III.

El párrafo completo dice así: “Es tradicional el fundamento que inspira esta limitación al ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad legítima en vida del marido. Juegan primordiales consideraciones éticas que resulta imposible desatender. El marido es qu'en —él y sólo él— puede valorar los alcances de la conducta infel de su esposa y puede, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie podrá cuestionarlo, ni será permitido a terceros interferir con sus intereses —generalmente hereditarios, no se olv'de—, en el ámbito, aquí si, infranqueable de la intimidad conyugal y familiar, ni será dado al propio hijo erigirse en censor de la conducta de sus padres”. La oración citada por Belluscio a que hace referencia la nota siguiente, sobre los límites éticos puestos a la investigación biológica por los valores preponderantes a preservar, es de este mismo trabajo.

realidad tiene límites éticos «dados por los valores preponderantes a preservar al negarse dicha investigación»⁽³²⁸⁾. Es obvio que estos especialistas no propiciaban de *lege ferenda*, la norma actual⁽³²⁹⁾. Pero, en el artículo 253 del proyecto preparado por Zannoni, se estatuye la legitimación activa del hijo mas con un breve término de caducidad y en el artículo 253 del proyecto Belluscio, el hijo queda incluido en la generalidad de “cualquier persona interesada” que puede accionar después de la muerte del marido si la acción de éste no ha caducado por el vencimiento del término de 60 días de tener conocimiento del parto o de haber recuperado su capacidad si hubiese sido incapaz.

Compartiendo la posición de crítica negativa es necesario reconocer que en la legislación argentina vigente se dan otros supuestos en que los hijos son admitidos a demostrar la inconducta del progenitor. Se trata de los previstos en el segundo párrafo del artículo 3574 (exclusión hereditaria del cónyuge inocente del divorcio que incurre, posteriormente a la sentencia, en adulterio o

⁽³²⁸⁾ BELLUSCIO, *cit.*, en nota 322, V. N° 9.

⁽³²⁹⁾ Pero, antes de comentar la ley 23.264. BOSSERT y ZANNONI escribieron en su obra repetidamente citada *Hijos legítimos*, lo siguiente: “...la investigación de la verdad acerca de la filiación que a un individuo se atribuye, forma parte de derechos atinentes, y esenciales, a su personalidad, que en el orden natural de las relaciones humanas, pueden considerarse inviolables por el ordenamiento jurídico. ¿Es posible sostener que, por los intereses de uno de los sujetos del vínculo, como el honor del marido y la paz del hogar que preside, el ordenamiento prive al otro sujeto del vínculo de un derecho que emerge evidente de ese orden natural de las relaciones humanas, basadas en aficiones fundamentales?”. Citando a autores extranjeros expresan que se ha dicho que “padre e hijo tienen un derecho igual a buscarse el uno al otro judicialmente, que se protejan el uno del otro con los mismos medios” y que “también se ha sostenido que el hijo puede impugnar la paternidad, cuando ello sea indispensable para reclamar su verdadera filiación, pues entonces aquella acción la obtiene como una consecuencia de su derecho, reconocido por la ley, de reclamar el establecimiento de su vínculo real de filiación”. Y concluyen afirmando que estas reflexiones “deberán ser, ciertamente, tenidas en cuenta desde una perspectiva de *lege ferenda*”. La evolución del pensamiento de Zannoni resulta así claramente ilustrada. Los citados párrafos se reproducen en la obra de los mismos autores *Régimen legal cit.*, com. al art. 259, parágr. 4.

grave inconducta moral), en el segundo párrafo del artículo 3575 (caso análogo derivado de la separación de hecho), en el tercer párrafo del artículo 1306 (exclusión del culpable de la separación de hecho de su participación en los gananciales adquiridos por el inocente después de aquélla), en el último párrafo del artículo 86 de la ley 2393 (ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio por los descendientes, después de la muerte de uno o ambos cónyuges, por impedimentos de ligamen, parentesco o crimen).

En algunos de estos preceptos no queda lugar a interpretación, en otros, como el de la exclusión hereditaria por culpabilidad sobreviniente de la separación de hecho, se abren opciones tanto para la concepción de la figura como para el régimen de la prueba, lamentablemente sin que ninguna de las que se ofrecen emerja incólume de la confrontación con el criterio ético. Pero cabe la posibilidad de elegir la menos desvaliosa (³³⁰). En el caso del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, ante la expresamente consagrada legitimación del hijo, sólo resta admitir la acción en cualquier tiempo y con la ilimitada invocación de circunstancias que resulta de la falta legal de especificación al respecto.

La trascendencia que tiene para el hijo la determinación exacta de su filiación no es suficiente para inclinar a una valoración ética positiva de la norma, sobre todo, porque probablemente ese interés irá acompañado, en forma determinante, por intereses patrimoniales hereditarios.

b.1. *Hijo menor de edad.* El artículo 259 no efectúa ninguna aclaración con respecto al hijo confiriéndole la acción sin término. El caso de los hijos menores de edad queda, por lo tanto, sometido a las normas generales. Ahora bien, por una parte, el artículo 285 del Código Civil, que admite que demanden a sus progenitores previa

(³³⁰) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Santa Fe, 1982, Nos. 74 y 76.

licencia judicial, no sería aplicable a solos los menores adultos (³³⁰⁻¹) y parece referirse exclusivamente a cuestiones patrimoniales; por otra, si se los acepta a reclamar judicialmente su filiación extramatrimonial, pareciera que deben ser igualmente admitidos a impugnar la matrimonial. Los obstáculos para que esta solución se imponga son difíciles de refutar: la acción tendría que ser entablada por el representante legal en ejercicio de la patria potestad, es decir, o por el marido que en ese caso impugnará directamente la paternidad que se le atribuye, o por la madre que vendría invocando su propia torpeza. Incluso no sería razonable que ella solicitara la designación de tutor especial a tales efectos. Tal vez únicamente quiepa la acción entablada por el menor adulto que, por sí solo, solicitará al juez la designación de dicho tutor, lo que la extensión analógica del artículo 285 autoriza a sostener.

La cuestión de la improcedencia de la impugnación por parte del hijo menor de edad que debería accionar necesariamente a través de la representación del marido o de la madre, fue acertadamente planteada en el debate de Diputados por el diputado Ferré, quien encontraba la solución en reconocer la titularidad solamente al hijo mayor de edad (por lo tanto, no "en cualquier tiempo"). Aludió a que la doctrina y la legislación coinciden en no receptar que la madre pueda ejercer la acción, que la legitimación del hijo menor de edad significa admitirla y que se trataría de uno de los aspectos en que la actividad de uno de los progenitores en ejercicio de la patria potestad se presume consentida por el otro, en el supuesto, por lo tanto, el accionar de la madre, por el marido. Respondió el Miembro informante diputado Terrile, que la madre actuaría en representación del menor y no por derecho propio y que diferir la posibilidad de accionar a la mayoría de edad podría comportar la desaparición de elementos probatorios en desmedro del interés del hijo. De las expresiones de este legislador se des-

(³³⁰⁻¹) Confrontar la redacción del art. 285 con la de los arts. 282, 283, 284 y 286, en que expresamente se dispone con respecto a menores "adultos".

prendería que medió decisión expresa de la Comisión de Legislación General de la Cámara en el sentido de mantener la redacción amplia del artículo 259 abarcando la posible impugnación de la paternidad matrimonial del hijo menor de edad ejercida por la madre en su representación⁽³³⁰⁻²⁾.

El Congreso de Derecho de Familia (Universidad de Belgrano, 1985) recomendó que el hijo tuviera legitimación para impugnar la paternidad del marido a partir de la mayoría de edad.

b.2. *El hijo incapaz.* Procede el ejercicio de la acción de impugnación por el hijo incapaz a través de la representación de su curador siempre que éste fuera un tercero, pues de ser el padre o la madre, la situación sería idéntica a la contemplada en el párrafo anterior⁽³³⁰⁻³⁾.

c) *Los herederos del marido.* El artículo 259 confiere legitimación activa a los herederos del marido. Los alcances de la expresión "herederos" son los expuestos al analizar la acción de reclamación de la filiación ejercida por los herederos del hijo⁽³³¹⁾. Asimismo, todo lo relativo a la naturaleza del derecho que se les confiere *iure proprio*, aunque pueda encontrarse en juego el estado del actor (por ejemplo, en cuanto pretendido abuelo o tío del hijo cuya paternidad matrimonial se impugna).

Los herederos están habilitados para accionar sólo cuando el marido ha muerto dentro del término de caducidad de su acción o para continuarla si aquél la inició. No invisten titularidad si el marido muere sin conocer el nacimiento dados los términos de la ley. No habría entonces caducidad de la acción, que se mantendría latente *sine die*, lo que no se compadece con lo extraordinario de su actitud para impugnar.

⁽³³⁰⁻²⁾ Diario de Sesiones *cit.*, p. 7577 y ss.; coinciden con nuestra interpretación para los menores adultos, BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal*, com. al art. 259, parágr. 31.

⁽³³⁰⁻³⁾ En contra: BOSSERT y ZANNONI, recien *cit.*, parágr. 32.

⁽³³¹⁾ *Supra* N° 154.

Obsérvese que los herederos del marido pueden ser hijos de la misma madre de aquél cuya filiación impugnan, es decir, hasta que ésta prospere, medio-hermanos matrimoniales suyos y, después, medio-hermanos extramatrimoniales, de manera que les alcanza la crítica al desvalor ético de su conducta que incide sobre el honor de la madre y, por ende, del padre. La gravedad del juicio se atenúa teniendo en cuenta la subsidiariedad de su derecho porque supone la muerte del marido antes de la caducidad del que a él le compete.

d) *Inexistencia de otros sujetos activos*

Conforme a la redacción de los artículos 258 y 259 no hay otros legitimados para accionar impugnando la filiación matrimonial distintos del marido, el hijo y los herederos de aquél. No cabe la subrogación de los acreedores de los legitimados.

e) *No legitimación activa de la madre*

Se justifica la falta de legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad de su marido porque le significaría esgrimir el adulterio como fuente de derecho. La observación comprende el caso en que quisiera accionar como heredera del marido en una actitud aun más desvaliosa porque pretendería la exclusión hereditaria del hijo y, a nuestro entender, también el ejercicio de la patria potestad para accionar en representación del hijo menor, lo que la amplitud temporal del derecho reconocido a éste por el artículo 259 no impone necesariamente (³³²).

182. Supuestos conflictivos

a) *Los herederos del hijo*

Los herederos del hijo no figuran en la enumeración legal. Teniendo en cuenta que las acciones de estado no se trasmiten por

(³³²) *Supra*, párr. b.1.

vía hereditaria resulta imposible fundar su derecho, lo que sí sería aceptable para la doctrina que admite la posición contraria ya que la legitimación del hijo es inextinguible y será titular de ella hasta su muerte. Doctrinariamente importa distinguir ese caso del de reclamación de la filiación extramatrimonial según se presentaba antes de la vigencia de la ley 23.264, por cuanto se debatía la procedencia de la acción por los herederos del hijo y a su alrededor se habían formado tres tesis que iban de la absolutamente negativa a la absolutamente permisiva con otra intermedia. El argumento opuesto a la procedencia de la acción estaba basado en la inherencia del estado y era refutable entre otras razones, apelando a la defensa del propio estado que ejercía el heredero de aquél de cuya filiación se trataba⁽³³³⁾. Este argumento era apto para una interpretación integradora del Código pero es discutible que en la actualidad pueda apelarse a este tipo de hermenéutica ya que se trata, más que de suplir un silencio de la ley, de contrarrestar una actitud muy decidida del legislador. El artículo 259 es muy claro al referirse solamente al hijo y en contraste a lo dispuesto con respecto al marido, cuyos herederos admite expresamente al ejercicio de la acción. También es específica la referencia a los herederos del hijo para la reclamación de la filiación (art. 254). Ha de considerarse asimismo que el legislador de 1985 tuvo a su disposición la propuesta de Belluscio, en la que los herederos del hijo se ubicaban en la generalidad de los terceros interesados, apartándose de ella.

Sin embargo, no es irrazonable inclinarse por la procedencia de la acción de los herederos del hijo que no la entabló en vida y que necesiten plantearla a los efectos de determinar su propio estado (de los accionantes) en cuanto dependa de la filiación del causante, lo que supone la impugnación de la matrimonial de que gozaba y la reclamación de la extramatrimonial que se quiere es-

⁽³³³⁾ Nuestro trabajo cit. *Los herederos y el ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial*.

tablecer en ejercicio de la acción que el artículo 254 reconoce a los herederos. Obsérvese que, de lo contrario, el ejercicio de esta última acción puede resultar imposible en virtud de lo dispuesto en el artículo 252. Aparece una incompatibilidad entre la falta de legitimación para impugnar la paternidad matrimonial y la legitimación para reclamar la extramatrimonial dado que para proceder a la actuación de ésta es requerido previamente ejercer aquélla, con lo que la argumentación favorable a la intervención de los herederos se basa en la ley misma. Pero la acción de reclamación tiene un término muy breve de caducidad (párrafo final del art. 254), de manera que ambas acciones deberían necesariamente deducirse antes de que se haya cumplido. Esto hará muy difícil que la filiación pueda reclamarse cuando dependa de la impugnación previa y la sola impugnación conduciría a un resultado absurdo pues dejaría al difunto sin estado filial determinado.

La materia es dudosa. Los casos que se planteen requerirán, probablemente, ser resueltos conforme a la equidad, esto es, según lo que dicte la justicia para la especie singular configurada (³³³⁻¹).

b) *El verdadero padre del hijo*

Análogos interrogantes plantea la situación del verdadero padre extramatrimonial del hijo que, por aplicación de las presunciones de paternidad matrimonial, goza del *status* de hijo matrimonial del marido de su madre. Es la hipótesis de conflicto entre la paternidad matrimonial derivada de las presunciones y la paternidad extramatrimonial, objeto de importantes estudios anteriores a la ley 23.264 (³³⁴) disminuido en sus posibilidades concretas de presentación porque las presunciones no operan cuando media separación de hecho según se explicó oportunamente. La hipótesis subsiste para

(³³³⁻¹) BOSSERT y ZANNONI estiman que la acción no compete a los herederos del hijo: *Régimen legal* cit., com. al art. 259, parágr. 30.

(³³⁴) En particular GROSMAN, *Un conflicto de paternidades* cit. y *Acción de impugnación* cit., parágr. 81 y ss.

el caso de la madre adúltera que no está separada de hecho de su cónyuge. Para este supuesto, en el régimen del Código Civil, la opinión de Grosman era negativa de la pretensión del padre de reconocer a su hijo porque le estaba vedada la impugnación de la paternidad del marido en virtud del artículo 256 que establecía que en vida del marido nadie salvo él podía atacar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Además, opina que la concordancia entre el título de hijo legítimo y la posesión de estado conforme al mismo, son signos del vínculo procreacional con el marido de la madre y que, aunque supuestamente no estuviera de acuerdo con los hechos, razones sociales y de interés del mismo hijo, justifican en este caso el límite puesto al accionar del tercero⁽³³⁵⁾. La doctrina era uniforme en esta materia⁽³³⁶⁾ y la legislación vigente no impone apartarse de ella dada la falta de mención del verdadero padre del hijo entre los legitimados para impugnar la paternidad legítima. En conclusión, el padre extramatrimonial del hijo que goza de filiación paterna matrimonial determinada no es hábil para reconocerlo porque carece de la posibilidad de impugnar previamente aquella filiación (art. 250 segundo párrafo y omisión de toda referencia a su caso en los arts. 258 y 259).

El texto francés vigente es drástico porque dispone la nulidad del reconocimiento y la inaceptabilidad de la demanda de investigación cuando el hijo tiene una filiación legítima ya establecida por la posesión de estado (art. 334-9). La norma es considerada de máximo interés y trascendencia en la situación de los hijos extra-matrimoniales. Ha provocado verdaderas polémicas interpretativas, concluyéndose en la aceptación unánime de la procedencia del reconocimiento del tercero cuando el hijo tiene título pero no posesión de matrimonial (interpretación *a contrario sensu*)⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁵⁾ *Idem*, parágr. 86, a).

⁽³³⁶⁾ BOSSERT y ZANNONI, *Hijos legítimos cit.*, com. al art. 256, parágr. 13.

⁽³³⁷⁾ COLOMBET, *op. cit.*, Nros. 156 a 165 inclusive; MASSIP, *op. cit.*, Nº 35 bis.

c) *Los herederos del marido en el caso del hijo póstumo*

Cabe interrogarse sobre la legitimación de los herederos del marido cuando se trata de impugnar la paternidad matrimonial del hijo póstumo. Muerto el marido antes del nacimiento y negándose a sus herederos la titularidad activa, ésta quedaría limitada al hijo mismo con las dificultades señaladas para su procedencia efectiva durante la minoridad, de manera que la referencia a la "disolución" del matrimonio que efectúa el artículo 258 sería de muy restringida trascendencia práctica. Sin embargo, nos pronunciamos por mantener la interpretación gramatical del artículo 259 (³³⁷⁻¹).

183. Caducidad de las acciones

La caducidad de las acciones ha sido fijada en particular para cada uno de los titulares. La acción del marido caduca al año de la inscripción del nacimiento o de su conocimiento del parto, debiendo probarse que lo ignoraba para excluir el primer supuesto de caducidad. La acción de los herederos del marido caduca una vez cumplido dicho término que empezó a correr en vida del marido. La acción del hijo se extingue a su fallecimiento.

Los artículos 4042 y 4043 del Código Civil están expresamente derogados (art. 18 de la ley 23.264).

184. Sujeto pasivo

A diferencia de lo previsto en materia de reclamación de la filiación, en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial la ley no indica los sujetos pasivos, debiendo estarse a los principios generales adecuados a la especialidad de la hipótesis.

a) *El hijo*

Es innecesario señalar el interés que inviste. Durante su minoridad, deberá ser dotado de un tutor especial en virtud del artículo 259.

(³³⁷⁻¹) En contra, BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 259, parágr. 46. Ver también el parágr. 34.

397, inciso 1º y teniendo en cuenta la particular situación de la madre, a pesar de que ella ejerce la patria potestad (art. 264, 1º). El hijo mayor de edad incapaz necesitará curador especial cuando la curatela sea ejercida por el marido o por la madre.

b) *La madre*

En la impugnación de la paternidad matrimonial se presenta uno de los ejemplos de consorcio pasivo necesario en que son pródigas las acciones de estado. Tal característica se funda en que la madre es uno de los elementos de la relación familiar impugnada sobre quien recaerán los efectos de la sentencia de acuerdo a la reciprocidad del estado de familia. Los tribunales nacionales han resuelto claramente que no es suficiente que se le notifique la instancia judicial sino que es necesaria su intervención como parte (³³⁸). En particular, lo ha estimado así la Suprema Corte de Justicia de la Nación (³³⁹). Es esta una razón más para negar su legitimación activa.

c) *Los herederos del hijo*

Según los principios generales, los herederos del hijo pueden ser demandados cuando su estado civil dependa del de su causante. Dado que en la mayoría de los casos, la impugnación se deducirá habiendo muerto el hijo durante su minoridad, esos herederos serán: la madre, que investirá el carácter de parte por serlo y como heredera del hijo (³⁴⁰); a falta de la madre, por su premoriencia, los ascendientes de grado más remoto y, finalmente, los colaterales. Obviamente, si la acción se entabla cuando ya hay descendientes del hijo, se procederá contra éstos.

(³³⁸) SC. de Mendoza, 1º de abril de 1957 en L. L. 87, 234; CNCiv., Sala F, 4 de marzo de 1977 en E. D. 73, 535.

(³³⁹) SCJN. 28 de julio de 1957 en L. L. 90, 616 y J. A. 1958-II, 221. Ver BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 259, parágr. 21.

(³⁴⁰) BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 259, parágr. 23.

El interés moral de los herederos es suficiente sin que necesariamente la sentencia deba alcanzarlos en sus intereses patrimoniales.

El heredero instituido no pariente no podría ser demandado por sólo su interés patrimonial porque precisamente la satisfacción de éste depende exclusivamente del testamento.

185. Competencia

La competencia por la materia depende de la organización de cada Provincia. La competencia territorial tropieza con el obstáculo de la coincidencia de domicilio de actor y demandados. Esta coincidencia aparece durante la minoridad del hijo subsistiendo el hogar conyugal (el domicilio del menor es el de sus representantes legales, padre y madre; el domicilio de la madre es el de su marido; art. 90 C.C. incs. 6º y 9º). No subsistiendo convivencia de los esposos, la residencia de la madre deberá tenerse en cuenta para que no pueda objetarse el proceso por su falta de intervención. En cuanto al hijo, la designación de tutor especial a pedido del actor debe ser previa a la notificación de la demanda y su domicilio de incapaz será ahora el de este representante suyo. Habrá de atenderse al domicilio de la esposa divorciada o cuyo matrimonio se anuló o viuda (arts. 90, inc. 9º cit.).

186. Prueba. Confesión de la madre

La última oración del primer párrafo del artículo 258 admite cualquier medio de prueba para la impugnación de la filiación, debiendo entenderse que es así tanto cuando acciona el marido como cuando lo hacen sus herederos, encontrándose la norma dentro del precepto general del artículo 253.

La disposición del texto indicado según la cual la confesión de la madre no será prueba suficiente, constituye una innovación dentro de nuestro derecho porque significa que esta confesión es admisible y eficaz siempre que se encuentre corroborada por otros

medios. El artículo 255 de la redacción de Vélez estatúía que cualquier “declaración o confesión de la madre, afirmando o negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna”. Grosman estudió detenidamente la operatividad efectiva de este precepto a través de la jurisprudencia arribando a la conclusión de que generalmente se rehusó validez a las declaraciones de la mujer negando la paternidad del marido⁽³⁴¹⁾. Era la posición de la doctrina más tradicional⁽³⁴²⁾ y de la más moderna, *de lege lata*⁽³⁴³⁾.

Los principales argumentos que fundaban el sustituido artículo 255 eran la calidad de orden público del estado de familia que no podía quedar supeditado a la voluntad de la madre, la posibilidad de que las expresiones maternas sólo exteriorizaran su animosidad contra el marido y la negativa a aceptar la invocación de su propia torpeza por la mujer adultera. La norma era, sin duda, exagerada, aunque acorde con la limitación del ejercicio de la acción al marido según rezaba el sustituido artículo 256. Según Grosman “la participación igualitaria de ambos cónyuges en la gestación y la idéntica responsabilidad que les cabe frente al nacido, no se concilia con los roles diferentes que hacen asumir a la mujer y al hombre en el proceso de desplazamiento filial”⁽³⁴⁴⁾. Por otra parte, el mayor riesgo depende de que se dé a la confesión de la madre la misma eficacia que se concede en general a la confesión como medio de prueba, es decir, que sea innecesario acompañarla con otros elementos en cuyo conjunto constituya uno más sometido a la discreción judicial.

Es precisamente esta tesitura la que ha adoptado el artículo 258: la confesión materna tiene eficacia probatoria pero no permite prescindir, ni al actor ni al juez, de otros recursos demostra-

⁽³⁴¹⁾ GROSMAN, *Acción de impugnaciós cit.*, parágr. 60.

⁽³⁴²⁾ MACHADO, *op. y loc. cit.*, p. 492; LAFAILLE, *op. cit.*, N° 445; BUSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 255, N° 4.

⁽³⁴³⁾ BOSSERT y ZANNONI, *Hijos legítimos cit.*, com. al art. 255; LLAMBÍAS, *Código civil anotado cit.*, com. al art. 255; GROSMAN atenua la interpretación aproximándola a la vigente (*Acción de impugnación cit.*, parágr. 61).

⁽³⁴⁴⁾ Recién *cit.*, p. 193.

tivos de los hechos. La eficacia concedida a la confesión de la madre, aunque relativa, obliga a replantear sus posibilidades de accionar directamente⁽³⁴⁵⁾ si acompaña su ejercicio de la acción con otros elementos probatorios. Si bien es aceptable reconocer que la no invocabilidad de la propia torpeza está supeditada a que con ello se persiga un interés de quien lo hace, es decir, que el resultado le sea favorable, y que el interés cuestionado en la impugnación de la paternidad es el del hijo por encima de toda posibilidad de beneficio de la madre, no puede negarse que hay una diferencia atendible entre ejercitar un derecho (el de impugnar la filiación haciendo valer la violación del deber de fidelidad conyugal) y someterse a un requisito de prueba propuesto por el impugnante que será, generalmente, el marido ofendido. La presentación a la instancia probatoria es más un deber que un derecho y que la convocada diga la verdad, es lo menos que se espera de ella. Es, entonces, justificado que la ley no haya mencionado a la madre entre los titulares de la acción y que, no obstante, reconozca eficacia a su confesión. El allanamiento de la madre no puede cerrar la instancia judicial porque implica tal confesión y tendrá idénticas consecuencias.

Bossert y Zannoni acertadamente extienden lo dispuesto sobre la confesión de la madre, a la confesión o allanamiento de sus herederos, y del marido, en su caso⁽³⁴⁵⁻¹⁾.

187. Sentencia y efectos

Admitida la impugnación decae la filiación matrimonial del hijo y queda emplazado como hijo extramatrimonial de la madre, procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.

La sentencia sería retroactiva al nacimiento conforme a una interpretación estrictamente gramatical del artículo 243 pero lo es a

⁽³⁴⁵⁾ *Supra*, Nº 181, e.

⁽³⁴⁵⁻¹⁾ BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 258, parágr. 9 y 10.

la concepción en virtud de la personalidad de la persona por nacer. Queda convalidado el reconocimiento que hubiera tenido lugar durante el lapso cubierto por la retroactividad.

188. Caso de los hijos que no se presumen matrimoniales

Al insistir el Senado en su redacción originaria que no incluía expresamente la mención del divorcio y de la separación de hecho de los cónyuges, se plantea la seria dificultad de resolver si en los supuestos de hijos que no se presumen matrimoniales, es necesario también el proceso de impugnación de la paternidad del marido por cuanto se encuentran incluidos dentro de la expresión genérica “nacidos después del matrimonio” aunque hayan nacido después de los 300 días de la presentación de la demanda de divorcio o de anulación de las nupcias o de la sentencia de divorcio o de la separación de hecho de los cónyuges.

Según la redacción aprobada en Diputados, la impugnación era necesaria en los casos de nacimientos dentro de los 300 días del divorcio o de la separación de hecho, pero no para los que se produjeran después. Es decir, se adecuaba técnicamente a un principio enunciado en esta obra: la acción de impugnación procede cuando las inscripciones registrales están conformes con las presunciones legales; en caso contrario, es suficiente la rectificación de la inscripción con intervención judicial conforme al artículo 71 del decreto-ley 8204/63, a pesar de que dicha inscripción es título de estado.

Aceptar esta tesis ofrece menos inconvenientes cuando media el divorcio o la nulidad del matrimonio, así sean solamente iniciados, por la certeza que acompaña a los medios probatorios. Es más conflictiva cuando excluir la presunción supone la necesidad de demostrar la separación de hecho. Por fin, en uno y otro caso, no parece suficiente la intervención judicial destinada a autorizar la modificación de una inscripción si la parte demandada debe demostrar la reconciliación de los cónyuges.

En párrafos anteriores, encarando el juego de la presunción de paternidad matrimonial, se ha tomado posición en el sentido de la

interpretación gramatical del artículo 258, esto es, por la necesidad de impugnar la paternidad matrimonial *cuando el hijo ha nacido después de los 300 días de la separación de hecho*, por la mayor dificultad probatoria y tratarse de una excepción relativamente implícita (³⁴⁵⁻²). En los casos contemplados en el último párrafo del artículo 243, por el contrario, es razonable inclinarse por la suficiencia de la rectificación de la inscripción en los términos del artículo 71 del decreto-ley 8204/63 coordinando los artículos 243 último párrafo y 258.

II. Impugnación de la paternidad matrimonial de la persona por nacer

189. El segundo párrafo del artículo 258

El 258 es también introductorio de una norma novedosa con respecto a la legislación imperante hasta la entrada en vigencia de la ley 23.264. Dispone: “Aún antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada”. Según el mismo texto, *in fine*, debe acreditarse previamente la verosimilitud de los hechos.

Los artículos 247, 248 y 249 del Código Civil han sido sustituidos por la ley 23.264 y no tienen equivalente en la ley actual.

190. Interpretación en el contexto de la legislación

La norma constituye una excepción al precepto vigente del artículo 67 del Código Civil, según el cual las partes interesadas en la existencia de la persona por nacer no pueden suscitar pleito alguno sobre su filiación debiendo quedar estas cuestiones reservadas hasta después del nacimiento. Como toda excepción, es de

(³⁵⁴⁻²) *Supra*, Nº 100. En contra: BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 259, parágr. 9.

interpretación restrictiva dentro de los cánones establecidos para las acciones de filiación en general y en los artículos 258 y 259.

191. Ambito de aplicación

La impugnación "preventiva" procede para el supuesto del hijo que va a nacer después de la celebración del matrimonio, es decir, cuando operará la presunción de paternidad matrimonial.

Puede ejercerse recién una vez celebrado el matrimonio, no antes de éste. La observación es importante porque rehusa que el que va a celebrar matrimonio con la madre del *nasciturus*, impugne preventivamente la paternidad de la persona en gestación que recién al nacer después de la ceremonia le será atribuida legalmente. Esta interpretación se impone por su razonabilidad, en virtud de la concesión expresa de la acción al "marido" y a los "herederos del marido" y por la necesaria coordinación con lo dispuesto en el artículo 260.

192. Fuentes

Son fuente del texto los artículos 255 del proyecto Menem-Sánchez y 254 del proyecto Belluscio.

193. Sujetos activos

Solamente son sujetos activos, el marido y sus herederos. Estos últimos, obviamente, son admitidos a accionar después de la muerte de aquél. En este supuesto es particularmente importante la demostración de la verosimilitud de los hechos en que se fundan porque resultaría absurdo que pretendieran impugnar la filiación de un hijo destinado a nacer después de los 300 días de la muerte del marido. No es admisible la subrogación de los acreedores de los legitimados.

194. Sujeto pasivo

El único sujeto pasivo es la madre de la persona por nacer.

195. Circunstancias invocables. Medios de prueba

Todas las circunstancias posiblemente obstativas de la paternidad del marido son invocables y todos los medios de prueba son aceptables incluida la confesión de la madre que deberá corroborarse con otros recursos. El marido o sus herederos podrán demostrar, por ejemplo, que es imposible que el cónyuge sea el padre por su ausencia, enfermedad, o por haber sido la madre inseminada por un extraño o por haber cometido adulterio.

Debe considerarse tácitamente derogada, cuando procede la acción y en la medida en que son incompatibles, la norma del artículo 78 del Código Civil. Por lo tanto, no hay prohibición legal de la investigación "judicial" del embarazo. El peritaje médico no puede ser impuesto a la mujer por los principios generales en la materia.

196. Extinción de la acción

La acción se extingue con el nacimiento del hijo tanto para el marido como para sus herederos.

197. Efectos de la sentencia

Si la acción es rechazada, la inscripción del nacimiento producirá sus efectos normales y el marido o sus herederos tendrán a su disposición la acción de impugnación de los artículos 258, primera oración, y 259, según corresponda.

Si la acción obtiene sentencia favorable, la inscripción del nacimiento no hará presumir la paternidad del marido: el hijo será reputado extramatrimonial de la madre procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En ambos casos, se trata del juicio normalmente finiquitado con la sentencia correspondiente. Antes de ésta, el hecho de encontrarse en trámite el proceso impugnatorio no obstaculiza la

inscripción del menor como hijo de su madre casada pero no operará la presunción de paternidad del marido hasta que la sentencia denegatoria produzca sus efectos indicados (³⁴⁵⁻³).

Evidentemente, la falta de impugnación preventiva en nada afecta el derecho del marido a impugnar después de la inscripción del nacimiento.

III. *Impugnación de la paternidad matrimonial de los hijos nacidos dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio*

198. El artículo 260

El artículo 260 dispone: "El marido podrá negar judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación que autoriza el artículo 258". Para la negación de la paternidad del marido rige el término de un año.

199. Fuentes

Son fuentes inmediatas del texto el artículo 256 del Proyecto Menem-Sánchez. El artículo 247 del proyecto Belluscio es diferente por cuanto con respecto al hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio, proponía: "podrá el marido destruir la presunción de paternidad mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 60 días de conocer el parto. No podrá hacerlo después de reconocer expresa o tácitamente la paternidad, o si al tiempo de casarse hubiera conocido o debido

(³⁴⁵⁻³) En igual sentido, BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 258, parágr. 19.

conocer el embarazo de la madre, salvo en este caso declaración contraria de ambos efectuada al contraer el matrimonio.

Es indudable que la fuente remota del texto vigente es el artículo 253 del Código de Vélez generalmente analizado como hipótesis de impugnación simple.

200. Fundamento

El fundamento de la mayor facilidad concedida al marido para este supuesto de impugnación reside en que la concepción del hijo se ha producido antes del matrimonio. La ley evidencia así que no ha dejado de lado la presunción de concepción durante el matrimonio cuando sería absurdo desconocer su influencia. Por la misma razón se explican los extremos que permiten aniquilar la pretensión negativa del marido.

201. Interpretación

El hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio goza de la presunción de paternidad matrimonial (art. 243). La impugnación de su filiación requiere un proceso a iniciar mediante el desconocimiento de la paternidad manifestado judicialmente y acompañado con las pruebas del matrimonio y de la fecha del nacimiento del hijo, con las respectivas partidas. La parte demandada podrá invocar algunos de los extremos que determinan el rechazo de la acción. Si se omite contestar la demanda o si se lo hace sin invocarlos, el juicio queda cerrado a favor del actor. En caso contrario, se abrirá la causa a prueba y el trámite continuará hasta la sentencia.

La forma en que opera la impugnación en este supuesto, permite referirse a ella simplemente como "negación de la paternidad del marido".

202. Sujetos

El único sujeto activo es el marido, el único que puede, además de la madre, conocer los hechos. Es cuestionable si los herederos

del marido pueden ejercer la acción cuando el cónyuge haya fallecido antes de la caducidad de la suya, aunque, sin duda, pueden continuarla. El artículo 260 dispone que quedará a salvo la acción del artículo 258, en el cual también se reconoce la legitimación activa de los herederos del marido para impugnar preventivamente la filiación, texto que constituye una unidad con el artículo 259 que considera expresamente a los mencionados herederos. Si la posibilidad de accionar de éstos se niega, el hijo concebido antes del matrimonio se encontraría más protegido por la presunción de paternidad matrimonial que los concebidos durante la unión legal. Es claro que falta en los sucesores la posibilidad del conocimiento de las circunstancias que rodearon el comienzo de la existencia del hijo pero tienen a su alcance la prueba de las fechas del nacimiento y del matrimonio y están en condiciones de utilizar con la contraria la que la parte demandada produzca sobre los extremos que restan eficacia al desconocimiento. Por todas estas consideraciones, es razonable aceptar la legitimación activa de los herederos del marido que ha muerto dentro del término de caducidad de su acción (³⁴⁶).

Son sujetos pasivos el hijo y la madre. Será necesario proveer a la representación del menor mediante la designación de un tutor especial.

203. Caducidad de la acción

La acción del marido caduca al año. No se ha establecido el comienzo del cómputo pero éste no puede ser otro que el que rige para la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad del hijo nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio, por lo tanto, el término comienza a correr desde el día de la inscripción del nacimiento o desde aquel en que tuvo conocimiento de éste (art. 259).

(³⁴⁶) En contra: BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 260, parágr. 13.

204. Competencia

Se resuelve en forma análoga a la relativa a la impugnación de la paternidad matrimonial del artículo 258.

205. Objeto de la prueba

Como se ha expresado, la manifestación del marido debe acompañarse con el medio de prueba de las dos fechas clave: la del matrimonio y la del nacimiento. No es preciso que demuestre que no puede ser el progenitor del hijo.

Los extremos a demostrar por la parte demandada están enumerados descriptivamente en el artículo 260 y son de amplia comprensión.

El primero es el conocimiento que el marido tenía, al celebrar el matrimonio, del embarazo de su futura esposa. La norma es acorde con lo que sucede en la generalidad de los hechos. Por otra parte “si alguien se casa con una mujer embarazada conociendo su embarazo, debe reputarse que asume la paternidad como marido, fuera o no el padre biológico del niño. Probado el conocimiento del embarazo, la paternidad no podrá ser negada: la directiva trasciende a un standard ético-jurídico” (³⁴⁷).

El segundo supuesto legal es el del marido que haya reconocido al hijo expresa o tácitamente. La pauta no se refiere a un “reconocimiento” en sentido estricto ya que no se trata de una filiación extramatrimonial puesto que rige la presunción de paternidad matrimonial. Más bien ha de estimarse que se consideran tanto las manifestaciones expresas del marido de que el niño es su hijo, verbales o en instrumentos públicos o privados (cartas misivas, en particular) como los comportamientos que permitan inducir esa conclusión, es decir, las exteriorizaciones de una conducta que sólo cabe frente al propio hijo. Se trata de aspectos de la posesión de estado mirada con respecto al progenitor, sin que se

(³⁴⁷) BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 260, parágr. 10, p. 218.

exija la configuración recíproca de la misma. Es muy útil, por analogía, la jurisprudencia elaborada alrededor de las formas de reconocimiento de hijo extramatrimonial y de la posesión de estado.

El tercer supuesto es el de haber consentido el marido en que se le diera su nombre al hijo en la inscripción del nacimiento. No es indispensable que ésta haya sido efectuada personalmente por él, bastando con que se hubiera encontrado presente en el acto (³⁴⁸).

206. Medios de prueba. Confesión de la madre

El o los impugnantes acompañarán la partida de matrimonio y la de nacimiento del hijo. Los demandados ofrecerán cualquier medio de prueba. Las presunciones graves, precisas y concordantes pueden ser suficientes para definir la decisión judicial.

El artículo 260 no menciona la confesión de la madre. Está subordinado a la trascendencia de la prueba ofrecida por el actor. Obsérvese que el hecho de que la madre se abstenga de hacer valer algunos de los supuestos de rechazo de la impugnación no obsta a que el tutor del hijo lo haga.

207. Efectos de la sentencia

a) Sentencia que acepta la impugnación

La sentencia favorable a la impugnación de la paternidad matrimonial emplaza al hijo en el estado de hijo extramatrimonial de la madre, pudiendo ser reconocido por el verdadero progenitor o entablarse la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Dado que una sentencia en aquel sentido ha de basarse en que no fue demostrado ninguno de los extremos enumerados en el artículo 260 que permiten negar la afirmación del marido impugnante,

(³⁴⁸) Comparar con las soluciones dadas por BOSSERT y ZANNONI, recién cit., parágr. 10, 6 y 11.

es necesario dilucidar si la parte demandada podría argüir que, a pesar de ello, el hijo es realmente del marido de la madre.

Paralelamente, si así como cabe la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial posteriormente a la admisión judicial de la impugnación de la filiación matrimonial, cabría también el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación matrimonial conforme a la primera oración del artículo 254. La especialidad de la figura del artículo 260 inclina a pronunciarse por la afirmativa y correlativamente, a negar a los demandados que, durante el proceso iniciado dentro de sus términos, demuestren extremos que no sean los establecidos en él aunque permitieran demostrar la paternidad del marido (³⁴⁹).

(³⁴⁹) El caso fue estudiado por Bossert y Zannoni al comentar el hoy sustituido artículo 253 planteando la alternativa entre la reclamación de filiación matrimonial por acción o por reconvenCIÓN dentro del mismo juicio de impugnación o la mera invocación de la paternidad del marido, basada en los hechos que se aleguen y se demuestren dada la legitimidad del hijo, observación que es, en este sentido, perfectamente extensible al derecho vigente. Los autores citados optaban por que no era razonable exigir al hijo o a su madre, una demanda para que se estableciera la filiación legítima del hijo "porque ella está establecida ya por imperio legal. Todo lo que debe hacer el demandado, opinaban, es pedir el rechazo de la demanda que pretende alterar ese estado jurídico ya establecido y probar el fundamento de su pedido, o sea, la paternidad del marido" (*Hijos legítimos cit.*, com. al art. 253, parágr. 15). Esta tesis no es aplicable en el régimen actual. El artículo 260 enumera una serie de supuestos y no repite la fórmula empleada en el artículo 258 sobre que basta al marido alegar (y probar) que no puede ser el padre. La expresión correlativa habría sido empleada en el artículo 260 para completar los casos en que procede envar el desconocimiento, si hubiera sido la voluntad del legislador. Por otra parte, la comprensión del segundo supuesto ("reconoció expresa o tácitamente al hijo") es de total amplitud y será muy difícil que no se haya presentado un comportamiento del marido que encuadre en la misma. Si ello fuera así, admitida la impugnación por no haberse demostrado ninguno de los extremos excluyentes, procederá la reclamación de filiación conforme a la primera oración del artículo 254.

Posteriormente a la ley 23.264, Bossert y Zannoni insisten en su interpretación: "No se requerirá una reclamación de filiación en el caso, aunque no se pueda invocar ninguno de los supuestos señalados en el artículo 260. Sólo bastará la invocación, basada en los hechos que se aleguen, de la paternidad del marido y su posterior demostración, dado que el vínculo de filiación del hijo de la esposa, nacido después de la celebración del matrimonio, se man-

b) *Sentencia que rechaza la impugnación-Superposición de acciones*

Si la sentencia fuera desfavorable al impugnante, el artículo 260 deja a disposición del marido vencido o de sus herederos, el ejercicio de la acción de impugnación del artículo 258. La norma fue negativamente criticada durante el debate en la Cámara de Diputados, por los diputados Fappiano y Guzmán, que entendieron que comportaba admitir la revocabilidad del reconocimiento, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 249. Al responder la objeción, el miembro informante diputado Terrile insistió en que el artículo 260, contemplando una situación distinta a la encarada por el artículo 258, se limitaba a una inversión de la carga de la prueba (³⁵⁰). Sin negar que prácticamente es así, hay que tener en consideración que en el artículo 260 el verbo empleado (“reconocer”) no se ajusta a ese significado técnico, aplicable al hijo “*extramatrimonial*” exclusivamente y no al hijo que “*nace matrimonial*” porque nace después de la celebración del matrimonio (art. 243). La diferencia se da entre los hijos matrimoniales: los nacidos después de los 180 días de la celebración del matrimonio están sometidos a las posibilidades de la impugnación de su paternidad matrimonial conforme a los artículos 258 y 259; el hijo nacido dentro de los 180 días está sometido a una doble eventualidad, a saber, la impugnación o negación según el artículo 260 y la impugnación según los artículos 258 y 259 si la primera es rechazada. He aquí la superposición que resulta difícil admitir porque, si bien al marido le fue simplificada la prueba reduciéndose los medios a ofrecer a las partidas de matrimonio y nacimiento, la parte demandada dispuso de varios extremos a demostrar, de amplísima comprensión, cuya prueba el actor pudo controlar y contrarrestar.

tiene hasta que se dicte sentencia que acoja la impugnación del padre. De manera que no es razonable exigir del hijo, o de su madre, una demanda (aunque sea reconvencional) para que se establezca la filiación matrimonial del hijo, porque ella está establecida ya por imperio legal” (*Régimen legal cit.*, com. al art. 206, parágr. 6).

(³⁵⁰) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados *cit.*, p. 7579/7580.

c) *Retroactividad de la sentencia*

Le son extensibles las mismas consideraciones sobre la retroactividad de la sentencia en la acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido después del matrimonio.

IV. Sobre si cabe la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial del hijo nacido

La cuestión se plantea ante el supuesto fáctico del hijo nacido y aún no inscripto como de madre casada. Faltando la anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, la presunción de paternidad del marido no queda constituida por no encontrarse acreditada la maternidad. En los artículos 258, 259 y 260 se ha prescindido de esta hipótesis ya que, o se aplican a casos en que opera la presunción de paternidad del marido, o juegan para la filiación del *nasciturus*. La admisión de la impugnación preventiva comportaría extender precisamente la norma de la tercera oración del artículo 258 a un supuesto distinto al que prevé.

Por la extrema delicadeza de las cuestiones implicadas y la severidad con que corresponde estructurar la impugnación de la paternidad matrimonial, nos inclinamos por la tesis restrictiva ante el silencio legal, a pesar de apreciar en toda su posible significación práctica las dificultades que posiblemente se plantearán al marido que deba esperar a la inscripción del nacimiento para proceder a impugnar o que deba enfrentarse con una acción de reclamación de filiación matrimonial.

Por el contrario, Bossert y Zannoni enseñan que, aunque el artículo 258 alude sólo al hijo por nacer, nada impide el ejercicio de la impugnación preventiva después del nacimiento con tal que se individualice al demandado (³⁵⁰⁻¹).

(³⁵⁰⁻¹) BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 258, parágr. 12, 14 y 18.

B) IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL

208. Determinación e impugnación de la maternidad

Los artículos 261 y 262 están consagrados a la impugnación de la maternidad y deben necesariamente correlacionarse con el artículo 242 relativo a la determinación de la filiación materna por la inscripción del nacimiento con los requisitos que establece, texto que cubre tanto la matrimonial como la extramatrimonial, en el primer caso dando origen a la presunción de paternidad matrimonial (art. 243).

De esta indispensable correlación resultaría que ambas normas sobre impugnación de la maternidad serían aplicables también a la filiación dentro y fuera del matrimonio. Tal amplitud es inexacta, sin embargo, porque la impugnación de la maternidad extramatrimonial corresponde a un supuesto de impugnación del reconocimiento.

209. Fuentes de los artículos 261 y 262

Son fuentes de los artículos 261 y 262, los proyectos Menem-Sánchez (arts. 257 a 260) y Belluscio (arts. 255). La Comisión del Senado simplificó estas propuestas no incluyendo todos sus detalles.

210. Supuesto genérico de impugnación de la maternidad

El supuesto de impugnación de la maternidad es tan claro como se desprende de la atención prevaleciente brindada al fundamento biológico de la filiación: "no ser la madre del hijo que pasa por suyo", es decir, no haberlo concebido porque en la concepción comenzó su existencia (o, en su caso, no haber sido suyo el óvulo en que esa existencia comenzó). Las posibilidades fácticas de que se atribuya una maternidad no verdadera son variadas ofreciendo dos hipótesis definidas en sus elementos esenciales: la de suposición de parto mediante la inscripción de un nacimiento con el nombre de una mujer que no ha dado a luz ni a esa ni a otra persona

en la época presumible de alumbramiento de la inscripta; el de sustitución de parto cuando se ha cambiado por otra persona al nacido de la mujer a cuyo nombre se inscribió aquélla. Pero la comprensión de la ley es mayor y cabe impugnar la maternidad de una mujer que terminó solamente el período de gestación de un hijo concebido por otra, es decir, la de aquella que lo dio a luz pero no lo concibió. La preeminencia del nexo biológico apoya irrefutablemente esta conclusión (³⁵⁰⁻²).

Es obvio que la impugnación ataca el título de estado, que es la inscripción en el Registro. Como importante derivación de lo recién expuesto, el certificado del médico u obstétrica que asistió al nacimiento no es susceptible de impugnación porque no es título de estado. No obstante, ante hechos delictivos no infrecuentes en que se ha pretendido o logrado la inscripción falsa de recién nacidos incluso con la complicidad de profesionales, es admisible una instancia judicial que, a través de un recurso de amparo, impida o retarde la inscripción del nacimiento hasta que se haya podido comprobar *prima facie* su concordancia con los hechos, bajo la responsabilidad de quien lo hubiera solicitado.

211. Impugnación de la maternidad por la pretensa madre

El párrafo final del artículo 262 es confuso. De la interpretación grammatical se desprende que la inscripta como madre únicamente es admitida a impugnar la maternidad que se le atribuye cuando alegue sustitución del nacido o incertidumbre acerca de la identidad del hijo, de manera que le estaría vedado invocar la suposición de parto que no es propiamente una "sustitución" porque nada es cambiado ni es tampoco cuestión de identidad del nacido. La conclusión se presenta como absurda e inclina a remitirse simplemente a los términos del supuesto genérico de impugnación, salvo que se la vincule con la notificación de la inscripción que debe hacerse conforme a lo dispuesto en el

(³⁵⁰⁻²) Confr. con *idem*, com. al art. 261, parágr. 5 y ss.

artículo 242. La mujer que no haya dado a luz tiene entonces la oportunidad de presentarse al registro oponiéndose a la inscripción del nacido a su nombre según se explicó oportunamente (³⁵¹) y ello no exigiría el ejercicio de la acción de impugnación. Téngase presente que la esposa no es notificada de la inscripción efectuada por el marido (art. cit.) y, en este caso, es indiscutible que procede la impugnación posterior a la inscripción basándose en que la impugnante no es la madre del inscripto como hijo suyo.

Para los aspectos relacionados con la actuación de la pretendida madre que sólo terminó la gestación de un óvulo suyo o de una extraña, fecundados *in vitro* o en el seno de la verdadera madre, nos remitimos a lo expuesto en su lugar (³⁵²).

212. Sujetos activos

Son sujetos activos la pretendida madre, su marido, el hijo y todo aquel que invoque un interés legítimo.

La extensión de la legitimación activa a todos los interesados y sin distinción entre intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, hace innecesaria la mención expresa de los herederos del marido. Alcanza a éstos y también a los herederos de la madre y del hijo. No parece opuesto a la intención del legislador sostener que debe tratarse de un interés actual y directo que alcanza, por ejemplo, a los legatarios del legitimado.

La amplitud de la legitimación activa se justifica por la objetividad del hecho implicado que en nada repercute sobre el honor de la pretendida madre, pero no está exenta de crítica. Fue objetada con cierta insistencia en el debate de la Cámara de Diputados durante el cual la diputada Riutor de Flores sostuvo que "constituye otra norma que consagra la inestabilidad de la familia regularmente constituida y puede dar lugar a un verdadero semillero

(³⁵¹) *Supra*, Nos. 73 y 74.

(³⁵²) *Supra*, Nº 124. Confr. con BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 261, en especial parágr. 8.

de pleitos a poco que aquellos que sin mayores restricciones de tipo moral, que abundan en la actualidad, invocando cualquier supuesto interés legítimo, ataque un vínculo legalmente establecido”⁽³⁵³⁾. En su respuesta, el diputado Terrile apeló nuevamente a la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico.

Ejemplos imaginables de intereses no patrimoniales a invocar serían el de quien desea contraer matrimonio con el hijo si de ser cierta la filiación materna habría impedimento de parentesco y el de quienes rehusan aceptar el uso del apellido familiar por un extraño⁽³⁵⁴⁾. Es obvio que la verdadera madre está legitimada para impugnar la maternidad falsa o errónea de su hijo.

No hay orden de prelación entre los distintos legitimados.

213. Sujetos pasivos

La acción deducida por el marido o sus herederos se dirige contra el hijo y la pretendida madre. La entablada por el hijo, contra los inscriptos como progenitores matrimoniales. La promovida por la anotada como madre, contra el hijo y el marido. La iniciada por otros legitimados, contra el hijo y ambos pretendidos progenitores.

Se trata de otro supuesto de consorcio pasivo necesario cuya violación acarrearía las consecuencias que establezcan los códigos procesales⁽³⁵⁵⁾.

214. Caducidad de la acción

Cubierta por la imprescriptibilidad de las acciones de estado, la impugnación de la maternidad matrimonial no ha sido acompañada de precepto alguno que disponga su caducidad. El artículo 262

⁽³⁵³⁾ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados *cit.*, p. 7583.

⁽³⁵⁴⁾ BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal cit.*, com. al art. 262, parágr. 3, citando doctrina francesa.

⁽³⁵⁵⁾ *Idem*, parágr. 4, 5 y 6.

expresamente preceptúa que puede deducirse en cualquier tiempo (³⁵⁶).

215. Objeto y medios de prueba

El objeto de la prueba es la inexistencia de nexo biológico entre el hijo y quien aparece inscripta como madre suya. La demostración de las maniobras para fingir el parto o sustituir el nacido por otro menor será muy útil. Para supuestos distintos o para confirmar lo que resulta de aquellos hechos demostrativos, son aceptados todos los medios de prueba con particular relevancia de los biológicos (peritajes sobre la virginidad de la mujer, sobre que es nulípara, incompatibilidad de grupos sanguíneos).

216. Sentencia

Si se acoge la impugnación de la maternidad, el hijo queda desplazado de su filiación materna y paterna porque faltando la relación biológica con la esposa se deja sin fundamento la presunción de paternidad del marido. Resultan procedentes las acciones de reclamación de la filiación y el reconocimiento (arts. 252 y 250, segundo párr.).

La retroactividad de la sentencia opera como se ha indicado en caso de impugnación de la paternidad matrimonial.

C) IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO

217. El texto legal

El artículo 263 dispone: "El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier

(³⁵⁶) La falta de caducidad fue también criticada en la Cámara de Diputados: Diario de Sesiones *cit.*, p. 7582 y ss.

tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento".

Obsérvese que no está prevista la impugnación de la sentencia que declaró una filiación extramatrimonial, cuestión que integra el tema de la cosa juzgada en las acciones de estado.

218. Fuentes

Las fuentes parciales inmediatas del texto son los artículos 321 del proyecto Menem-Sánchez y 263 del proyecto Belluscio.

Las fuentes mediatas son el artículo 335 del Código Civil, que había sido derogado por el artículo 4 de la ley 14.367 y recuperó vigencia con la derogación de este último por la ley 17.711.

219. Alcances del principio general

El principio general involucrado en el artículo 263 es el de la impugnabilidad del reconocimiento. La redacción de la primera oración del artículo no ha sido feliz y exige rectificación. En efecto, se refiere al reconocimiento de los "hijos concebidos fuera del matrimonio" cuando la expresión debió ser "hijos extramatrimoniales" o, en todo caso, hijos "nacidos fuera del matrimonio" para guardar coherencia lógica con el régimen de presunción de paternidad matrimonial adoptado según el cual ésta resulta del nacimiento después de la celebración de las nupcias (art. 243), aunque la concepción haya sido anterior a ella. La fórmula empleada es equívocamente comprensiva, invadiendo el área de los hijos presumidos matrimoniales, ya que el concebido antes del matrimonio puede nacer después de él suponiéndose que ese es el caso cuando el nacimiento se produce dentro de los 180 días de la celebración porque el mínimo de la duración del embarazo (art. 77) no se en-

cuenta entonces cubierto. Este hijo, concebido antes del matrimonio, nace matrimonial y no requiere ser reconocido (³⁵⁷).

La expresión "concebidos fuera del matrimonio" es la empleada en el proyecto Menem-Sánchez. Con plausible mayor precisión, el de Belluscio dice "extramatrimoniales".

La correcta hermenéutica del artículo 263 apoyada por el conjunto del sistema de la filiación, obliga a entender que el reconocimiento es susceptible de impugnación pero que se tratará del único reconocimiento jurídicamente necesario y procedente, que es el de los hijos *nacidos* fuera del matrimonio de sus progenitores.

220. Ineficacia del reconocimiento

El código no enumera causales de impugnación del reconocimiento. Las mismas derivan de la naturaleza de éste en sus elementos decisivos de acto iurídico declarativo, es decir, de acto jurídico cuyo substrato es una realidad biológica. Dicho nexo natural entre reconociente y reconocido adquiere valor excluyente de manera que, si falta, el reconocimiento cae a pesar de que se hayan satisfecho todos los requisitos negociales y, si es exacto, en la mayoría de los casos, priva sobre los defectos del acto jurídico.

Corresponde, por lo tanto, referirse en primer lugar a la impugnación por no correspondencia con el nexo biológico, analizando posteriormente las hipótesis de vicios en el negocio.

I. Impugnación del reconocimiento por inexistencia de vínculo biológico

221. Caracterización

Se trata de la acción tradicionalmente denominada "contestación del reconocimiento", cuyo fundamento reside en que el reconociente no es el padre o la madre, del reconocido.

(³⁵⁷) *Supra*, Nº 86.

222. Sujetos activos

La legitimación activa es omnicomprensiva abarcando a todos los que tengan interés en proceder, sea su interés moral o patrimonial o de ambas cualidades a la vez (³⁵⁸).

Entre los interesados con interés moral y patrimonial puede exemplificarse con los herederos y, entre ellos, con el cónyuge del reconociente y el cónyuge del reconocido. Entre los que esgrimen un interés puramente moral, al otro progenitor del reconocido al que tácitamente se atribuyen relaciones sexuales con el reconociente (³⁵⁹). El interés exclusivamente patrimonial se exemplificaría con los donatarios o legatarios no parientes del reconociente, que discutan la validez del reconocimiento del hijo para substraerse de la reducción de las liberalidades al excluirlo de la herencia de aquél, legitimación que acepta Busso (³⁶⁰) y critica López del Carril que juzga inadecuado que una institución de la trascendencia de la filiación pueda quedar al arbitrio del beneficiario de una minúscula liberalidad (³⁶¹).

Por el carácter personalísimo de la acción, Borda rehúsa legitimación activa al representante del incapaz que reconoció antes de caer en interdicción (³⁶²), conclusión razonable porque el curador ignorará los hechos.

El reconocido menor actuará por medio de su representante legal (el otro progenitor reconociente o un tutor especial).

No hay orden legal de prelación entre los titulares de la acción y, aunque sugiera críticas negativas, es improcedente que la actuación de quien esté legitimado conforme a la ley sea rechazada por-

(³⁵⁸) Ver LÓPEZ DEL CARRIL, *La filiación cit.*, N° 639.

(³⁵⁹) BUSSO, *op. cit.*, T. II, 2^a parte, com. al art. 335, N° 35; ZANNONI, *Derecho de Familia cit.*, T. 2, parágr. 823.

(³⁶⁰) BUSSO, recién *cit.*, N° 44.

(³⁶¹) LÓPEZ DEL CARRIL, *cit.* en nota 358.

(³⁶²) BORDA, *Familia cit.*, T. II, N° 709.

que existan sujetos dotados de un interés mayor. Ello sucederá siempre que el actor no sea el reconociente, o el otro progenitor, o el hijo, y la solución contraria importaría tener por no escrita la fórmula legal en cuanto se refiere a todos los que invistan un interés legítimo.

223. Reconocimientos falsos

La falta de nexo biológico no permitirá impugnar el reconocimiento por el que reconoció consciente de la falsedad de su manifestación porque no está permitido invocar la propia torpeza, que llega aquí hasta la tipificación de un delito penal (art. 139, inc. 2, C. Penal). Borda acota con razón que el estado no puede estar supeditado al humor del reconociente ni a las vicisitudes de las relaciones amorosas entre los progenitores de un hijo (³⁶³).

224. Sujetos pasivos

La determinación del sujeto pasivo varía según quién ejerza la acción impugnadora. Si lo es el hijo, demandará al reconociente o a sus herederos. Si lo es el otro progenitor o un tercero, al reconocido y al reconociente (³⁶⁴) o sus herederos. En la impugnación del reconocimiento de parte de uno de los progenitores, tratándose de hijo menor de edad, actuará el otro también reconociente en ejercicio de la patria potestad. A falta de éste, por ejemplo, por no mediar sino el reconocimiento que se impugna por un tercero, el hijo deberá ser representado por un tutor especial designado a solicitud del Ministerio Público (³⁶⁵) que podrá ser requerido a tal efecto por cualquier persona puesto que está legitimado para intervenir de oficio en tal sentido.

(³⁶³) *Idem*, Nº 706 bis.

(³⁶⁴) ZANNONI, *Derecho de Familia cit.*, T. 2, parágr. 824 y jurisprudencia que cita: CC. 2^a Cap., 24 de mayo de 1935 en J. A. 50, 551.

(³⁶⁵) BORDA, últimamente *cit.*, Nº 710.

En algún caso particular en que se pretendiera hacer valer la filiación extramatrimonial del reconocido como fundamento de la acción o excepción entablada u opuesta en un pleito entre terceros, es preciso admitir que la impugnación por la otra parte, cuyo interés legítimo aparecería configurado, tendría que tener como sujeto pasivo al actor u oponente, pero nunca podría dejar al margen la intervención necesaria de quien viera su estado civil comprometido en la solución del conflicto (el reconociente, el reconocido, los herederos de uno u otro).

225. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba es la inexistencia de relación biológica entre el reconociente y el reconocido: que el primero no es el padre o madre del segundo.

226. Medios de prueba

Son admisibles todos los medios de prueba con preferencia hacia los que excluyen concluyente o casi concluyentemente el nexo de procreación (incompatibilidad de grupos sanguíneos, virginidad o cualidad de nulípara de la mujer reconociente, impotencia o esterilidad del o la reconociente a la época de la concepción). Es útil la demostración de los hechos que pongan en evidencia que no hubo relaciones sexuales entre el reconociente y el otro progenitor durante el período presumido del engendramiento.

227. Caducidad

La denominada acción de contestación es imprescriptible y no caduca con respecto al hijo como impugnante. (El artículo 4029 ha sido expresamente derogado por la ley 23.264). El artículo 4 de la ley 14.367 lo fue por la ley 17.711. Para los otros interesados, la caducidad se produce por el vencimiento del término de dos años de haber conocido el reconocimiento.

228. Sentencia

La sentencia desplaza al hijo del estado de hijo extramatrimonial del reconociente con efecto retroactivo a la fecha del reconocimiento, quedando privado de filiación paterna o materna según de quién haya sido el reconocimiento impugnado exitosamente. Por lo tanto, procederá el reconocimiento o la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial en el mismo sentido paterno o materno de la filiación impugnada, contra el pretenso verdadero progenitor. Las acciones de impugnación y reclamación son acumulables (art. 252).

II. *Impugnación del reconocimiento por inexistencia o nulidad del acto jurídico correspondiente*

Siendo el reconocimiento un acto jurídico, es posible de ineficacia como tal, tanto en virtud de las causales que pueden afectar la validez de cualquier negocio jurídico como de las específicas que resultan del tratamiento legal específico.

229. Inexistencia del acto de reconocimiento

La admisión de la relación biológica manifestada verbalmente por el que se dice progenitor, no constituye reconocimiento, sin perjuicio de su importancia como medio de prueba en la acción de reclamación siempre que sea factible demostrarla. Asimismo es inexistente el reconocimiento en acto privado a su vez inexistente por falta de firma.

También ha de reputarse que no existe reconocimiento cuando no se ha notificado a la mujer que no reconoció expresamente, la inscripción del nacimiento efectuado en base a un certificado de médico u obstetra en que figuraba su nombre, recalándose nuevamente la importancia de una legislación más detallada al respecto.

A pesar de la inexistencia, la acción judicial será indispensable para que se ordene la anulación de la inscripción registral del re-

conocimiento, todo conforme a lo doctrinaria y jurisprudencialmente elaborado con respecto a la inexistencia negocial.

Téngase en cuenta, finalmente, que la verdad del nexo biológico no confiere trascendencia jurídica a un reconocimiento inexistente.

230. Causales de nulidad comunes a los actos jurídicos en general

Son causales de nulidad del reconocimiento en virtud de causales que comparte con los restantes actos jurídicos: en el reconociente, su incapacidad de acuerdo a lo establecido para cada forma de reconocimiento, su falta de discernimiento o el haber obrado bajo la influencia de violencia irresistible o de error espontáneo o provocado sobre la identidad del reconocido; en el acto jurídico, los vicios de forma que determinaran la nulidad del testamento o del instrumento público siempre que no pudieran valer como instrumentos privados, no tener el mandatario poder especial aunque lo tenga general, haberse practicado la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sin satisfacerse los requisitos del artículo 41 del decreto-ley 8204/63.

Se trata de hipótesis de nulidad relativa (siendo el acto nulo o anulable según corresponda) que permiten la confirmación del negocio según las reglas generales.

231. Causales de nulidad específicas del reconocimiento

El reconocimiento es nulo de nulidad absoluta en caso de incompatibilidad entre el estado de que gozaba el reconocido y aquel en que pretende emplazarlo el reconocimiento⁽³⁶⁶⁾. La posterior impugnación exitosa del primero determinará que cobre eficacia el reconocimiento dado el efecto retroactivo de la sentencia de impugnación al nacimiento —al menos—, si era matrimonial⁽³⁶⁶⁻¹⁾ o al primer reconocimiento si era extramatrimonial.

(³⁶⁶) Art. 250, segundo párrafo. Ver ZANNONI, *op. y loc. recién cit.*, parágr. 821.

(³⁶⁶⁻¹) *Supra*, Nos. 187, 207 y 216.

Asimismo es nulo de nulidad absoluta el reconocimiento de un hijo adoptado en adopción plena por un tercero, salvo en el caso de excepción previsto en el artículo 19 de la ley 19.134.

232. Prohibiciones legales cuya violación no acarrea la nulidad del reconocimiento

A pesar de involucrar la violación de prohibiciones legales, no comportan la nulidad del reconocimiento: la designación del otro progenitor porque se anula la cláusula prohibida sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el que la efectuó y de las sanciones que recaigan sobre el oficial del Registro o el Escribano que la hubiesen asentado⁽³⁶⁷⁾; la falta de registro del reconocimiento debidamente instrumentado; su sujeción a modalidades, siendo éstas las que se anulan, aun cuando fueran en sí prohibidas porque la modalidad es separable sin mengua del reconocimiento⁽³⁶⁸⁾.

233. Nulidad del reconocimiento y verdad del nexo biológico

En una consideración inicial, siendo el hecho generacional la fuente del estado, se diría absurdo decretar la nulidad del reconocimiento cuando éste se ajusta a los hechos aunque concurren otras causales de ineffectuación. Pero es que el título de estado no deviene necesaria y directamente de la procreación sino que queda constituido por el reconocimiento o la sentencia. La relación generacional es insuficiente como título de estado y cuando el título de estado es el reconocimiento, la existencia de la relación biológica no puede suplirlo si es nulo.

(³⁶⁷) De acuerdo: BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 334, Nº 42 con apoyo jurisprudencial; CC. 1^a, 1º de setiembre de 1926, en J. A. 22, 201; LLAMBIAS, *Código Civil anotado cit.*, com. al art. 334, Nº 2; BORDA, *Familia cit.*, T. II, Nº 694; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 535.

(³⁶⁸) De acuerdo: BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 332, Nº 177; LLAMBIAS, recién *cit.*, com. al art. 332, Nº 4; ZANNONI, *Derecho de Familia cit.*, *loc. cit.*, paragr. 811; GUASTAVINO, *Bien de Familia cit.*, T. I, Nº 25.

No obstante, el inegable predominio de la relación vital y el tratamiento legal del reconocimiento, unidos a atendibles razones de economía procesal, determinarán que en la práctica prive la primera sobre las causales de nulidad relativa en la mayoría de los casos: la acción de nulidad no prosperará por falta de autorización en la inscripción del reconocimiento en el Registro por un menor de 16 años que no contaba con ella, si el juez se convence de que hubiera dado su conformidad si se la hubiera solicitado oportunamente; dado que el instrumento privado es forma de reconocimiento, el vicio que afecte al instrumento público no lo afecta si están reunidas las condiciones de aquél.

Es singular el juego de los vicios del consentimiento del reconociente. Si obró con discernimiento, capacidad y voluntad libre, el error espontáneo o provocado por dolo en que hubiera incurrido sobre circunstancias distintas de la identidad del reconocido, carece de proyección impugnadora. Ello es así porque los motivos que hubieran guiado su actitud son indiferentes⁽³⁶⁹⁾. Frente a un reconociente que pretende la anulación del reconocimiento por error o dolo, basta al que defiende la filiación con demostrar que el demandante es verdaderamente padre o madre del reconocido. No es necesario que en este supuesto deba esperarse hasta que el juez haya acogido la acción de anulación basada en error o dolo, para recién proceder a reclamar la filiación sobre la base de la prueba del vínculo biológico. Lo razonable es que el demandado sea admitido a probarlo en la misma instancia abierta por el reconociente.

234. Acción de impugnación del reconocimiento por nulidad del acto

Ante la redacción del artículo 263 en términos generales, es discutible que puedan atribuirse caracteres diferentes a la impugnación por ausencia de nexo biológico y aquella que ataca el acto de reconocimiento. De admitirse la distinción, a la última serían aplicables los artículos 1047 para los supuestos de nulidad absoluta

(369) GUASTAVINO, recién *cit.*, N° 24.

y 1048 y 1049 para los de nulidad relativa, con régimen, entonces, no coincidente en cuanto al sujeto activo en la de nulidad relativa y a la extinción de la acción para todos los casos (imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta que no caducaría para ningún interesado, prescripción bienal para los vicios del consentimiento que afectaría, incluso, al hijo). Parece más conforme con el sentido de la institución mantener para la acción de impugnación del reconocimiento por nulidad del acto el mismo régimen explicado con respecto a la impugnación por ausencia de nexo biológico dada su cualidad definitoria: titularidad de todos los interesados, caducidad a los dos años de haberse conocido el reconocimiento salvo en cuanto a la titularidad activa del hijo⁽³⁶⁹⁻¹⁾. Por otra parte, difícilmente pretenderá accionar invocando dolo, error o violencia, quien no haya sufrido el vicio personalmente, esto es, el autor del reconocimiento, porque sólo él se encontrará en condiciones de demostrarlo.

234. Sentencia

Los efectos de la sentencia son también los mismos de la que termina un pleito en que se impugnó el reconocimiento por no haber nexo biológico entre reconociente y reconocido, operando retroactivamente a la fecha del reconocimiento.

(³⁶⁹⁻¹) BOSSERT y ZANNONI se pronunciaron por los términos de prescripción correspondientes al vicio que afecta al acto (*Régimen legal cit.*, com. al art. 263, parágr. 9).