

La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por Nora Lloveras¹

Sumario

- 1. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**
 - 1.1. Principios que presiden el sistema filiatorio y normas**
 - 2. La filiación: las fuentes filiatorias**
 - 2.1. La filiación por naturaleza**
 - 2.2. Doble vínculo filial y la obligación del Registro**
 - 2.3. Una persona y solo dos vínculos filiales: la regla del doble vínculo filial**
 - 3. La filiación por naturaleza: su establecimiento y fijación**
 - 3.1. Determinación de la maternidad**
 - 3.1.1. La prueba del nacimiento y la identidad del nacido**
 - 3.1.2. La inscripción del certificado médico: las consecuencias.**
 - 3.1.2.a. El supuesto de hijos matrimoniales**
 - 3.1.2.b. El supuesto de hijos extramatrimoniales**
 - 3.1.3. Carencia del certificado médico**
 - 3.2. Determinación de la filiación matrimonial**
 - 3.2.1. Condiciones de funcionamiento del art. 566 ProyCCivCom**
 - 3.2.1.a. Hijo nacido después del matrimonio**
 - 3.2.1.b. Hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte**
 - 3.2.2. La presunción de filiación frente a la separación de hecho**
 - 3.2.2.a. Las TRHA y el art. 567 ProyCCivCom**
 - 3.2.3. Presunciones de filiación en conflicto: dos matrimonios sucesivos**
 - 3.2.4. Prueba de la filiación matrimonial**
 - 3.3. Determinación de la filiación extramatrimonial**
 - 3.3.1. Principio general y reconocimiento: art. 570 ProyCCivCom**
 - 3.3.1.a. Filiación extramatrimonial por naturaleza**
 - 3.3.1.b. Filiación extramatrimonial por TRHA**
 - 3.3.2. El reconocimiento**
 - 3.3.2.a. Capacidad y reconocimiento**
 - 3.3.3. Formas del reconocimiento – art- 571 ProyCCivCom -**

¹ Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Agregada a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Evaluadora alterna Conicet. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civil y Comercial Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: noralloveras@gmail.com

- 3.3.3.a. Los supuestos del art. 571 sobre reconocimiento “voluntario” y el título de estado
- 3.3.4. Caracteres del reconocimiento
- 3.3.5. El reconocimiento posterior a la muerte del hijo
- 3.3.6. Publicidad del reconocimiento
- 3.3.7. Admisión del reconocimiento del hijo por nacer
- 3.3.8. Determinación en las TRHA
- 4. La filiación por naturaleza: las acciones
- 4.1. Disposiciones generales
- 4.1.1. Acciones de filiación: los caracteres y el art. 576 ProyCCivCom
- 4.1.2. Inadmisibilidad de la demanda - 577 (TRHA)
- 4.1.3. La acción de reclamación de filiación que controvierte una filiación establecida: art. 578
- 4.1.4. La prueba genética: la regla procesal central del art. 579
- 4.1.4.a. Admisión de toda clase de pruebas
- 4.1.4.b. Prueba genética de los parientes hasta el segundo grado
- 4.1.4.c. Valoración de la negativa de someterse a la prueba genética
- 4.1.5. La prueba genética post mortem
- 4.1.6. Competencia (581)
- 4.2. Las acciones de reclamación de filiación
- 4.2.1. Acción de reclamación de la filiación matrimonial y acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial (582)
- 4.2.1.a. Acción de la reclamación de la filiación matrimonial
- 4.2.1.a.1. Legitimación activa
- 4.2.1.a.2. Legitimación pasiva
- 4.2.1.a.3. La prueba
- 4.2.1.b. Acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial
- 4.2.1.b.1. Legitimación activa
- 4.2.1.b.2. Legitimación pasiva
- 4.2.2. Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad (583)
- 4.2.2.a. El Estado interesado en la determinación de la filiación
- 4.2.2.b. El Ministerio Público
- 4.2.3. Posesión de estado (584)
- 4.2.4. Convivencia (585)
- 4.2.5. Alimentos provisorios (586)
- 4.2.6. Reparación del daño causado (587)
- 4.3. Acciones de impugnación de la filiación
- 4.3.1. Filiación por TRHA
- 4.3.2. Acción de impugnación de la maternidad (588)
- 4.3.2.a. Legitimación activa
- 4.3.2.b. Plazos de caducidad
- 4.3.3. Acción de impugnación de la filiación presumida por la ley (589 y 590)
- 4.3.3.a. La norma de la hipótesis de impugnación de la filiación presumida por la ley – 589 -
- 4.3.3.a.1. Presunción de filiación no mantenida por pruebas o el interés del niño
- 4.3.3.b. La norma de impugnación de la filiación presumida por la ley: legitimación y caducidad – art. 590 Proy -
- 4.3.3.b.1. Legitimación activa
- 4.3.3.b.2. Plazos de caducidad

4.3.4. Acción de negación de la filiación presumida por la ley (591)

4.3.4.a. Las innovaciones en la acción de negación de filiación presumida por la ley

4.3.5. Acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley (592)

4.3.5.a. Las innovaciones en la acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley

4.3.6. Acción de impugnación del reconocimiento (593)

4.3.6.a. Legitimación activa

4.3.6.b. Plazos de caducidad

5. Conclusiones

1. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación² - en adelante ProyCCivCom -, en la versión aprobada por el Senado de la Nación argentina en la sesión iniciada el 27 de noviembre del año 2013³, concreta la constitucionalización del derecho privado⁴: el derecho privado mira hacia la Constitución y al derecho internacional de fuente convencional que conforman los tratados y convenciones de jerarquía constitucional, primordialmente, y a los que le siguen según la jerarquía que la CN⁵ les atribuye.

Además de las normas proyectadas, la constitucionalización referida conlleva que el derecho privado recibe todos los principios y valores presentes en la CN.

Como hemos sostenido, la supremacía constitucional tanto en su conceptualización como en su implicancia normativa se aborda desde la nueva dimensión que la misma reviste al haberse visto ensanchada por el llamado bloque de constitucionalidad, que es el ingreso al techo constitucional de las normas emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos⁶.

Se alojan en el proyecto modificaciones relevantes en el derecho filiatorio ya que se adecua el régimen vigente a esos principios constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, presentándose diversas formas familiares, superando conflictos de interpretación actuales, otorgando soluciones a nuevos problemas como - en otros - a los avances biotecnológicos en punto a las técnicas de reproducción humana asistida - en adelante, TRHA-.

1.1. Principios que presiden el sistema filiatorio y normas

Los principios constitucionales que fundan el derecho filiatorio se han destacado en los fundamentos que acompañan el proyecto, mencionándose: 1) el principio del

² El 23 de febrero del año 2011, por decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, se creó la “Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton. Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional el proyecto reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ingresó el 8.06.2012 a la Cámara de Senadores. Número de expediente 884-PE-2012. En este recinto también recibió modificaciones.

³ Sesión de aprobación por el Senado de la Nación. Cámara de Senadores de la Nación. Período 131º, 19 Reunión - 9 Sesión especial. 27 y 28 de noviembre de 2013. Presidencia del señor vicepresidente de la Nación, D. Amado Boudou y de la señora presidenta provisional del H. Senado, senadora Beatriz Rojkes de Alperovich. Secretarios: señor D. Juan Héctor Estrada y señor D. Juan Horacio Zabaleta. Prosecretarios: señor D. Luis Borsani, señor D. Mario Daniele y señor D. Santiago Eduardo Révora.

⁴ Cfr.: Lorenzetti, sobre constitucionalización del der privado. Lorenzetti; Ricardo L.; *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, 23/04/2012, 1, Bs As, 2012.

⁵ CN: Constitución Nacional Argentina.

⁶ Lloveras, Nora; Salomón Marcelo J., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Bs. As., 2009, ps. 36 y ss.

interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Se compatibilizan el sistema filial con la incorporación del matrimonio de personas de idéntico sexo (ley 26618)⁷, de suerte tal que los hijos nacidos de matrimonio del mismo sexo o de diverso sexo, los hijos nacidos de parejas no casadas de igual o de diverso sexo, y los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ostentan los mismos derechos. Por eso la compatibilización con la ley 26618 que únicamente reguló el tema del matrimonio de personas del mismo sexo, con el sistema filiatorio, exigió una profundización de los efectos⁸.

Ponemos de relieve que se conserva y desarrolla el principio de igualdad de las filiaciones: la filiación por naturaleza, la filiación adoptiva, y la nueva fuente de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, producen las mismas consecuencias jurídicas. Cualquier distinción que se efectuó será fundada en un elemento objetivo y necesario al sistema filiatorio⁹.

También se reitera el principio de que toda persona puede tener hasta un máximo de dos vínculos filiales, de lo que se desprende a su hora, que quien persigue desplazar un vínculo filial en una la persona que ya tiene asignados dos, el camino necesario será la impugnación y desplazamiento de uno para el posterior emplazamiento del que se pretende.

El Libro Segundo del ProyCCivCom¹⁰, bajo la nominación de Relaciones de Familia, consta de 8 Títulos: Título I: Matrimonio; Título II: Régimen patrimonial del matrimonio; Título III: Uniones convivenciales; Título IV: Parentesco; Título V: Filiación; Título VI: Adopción; Título VII: Responsabilidad parental y Título VIII: Procesos de familia.

Dentro de ellos abordamos en el presente trabajo el Título V, arts. 558 á 593, en sus líneas relevantes, en el tema de la filiación por naturaleza¹¹.

Este título V comprende 8 capítulos que despliegan: Capítulo 1: Disposiciones generales (arts. 558 y 559); Capítulo 2: Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560 á 564); Capítulo 3: Determinación de la maternidad (art. 565); Capítulo 4: Determinación de la filiación matrimonial (arts. 566 á 569); Capítulo 5: Determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 á 575); Capítulo 6: Acciones de filiación. Disposiciones generales (arts. 576 a 581);

⁷ Ley Argentina 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil. Modificación. Sancionada: 15/07/2010. Promulgada: 21/07/2010. Publicación en B.O.: 22/07/2010. El Decreto 1054/2010 - Matrimonio Civil- promulga la Ley 26.618. Bs. As., 21/7/2010.

⁸ Cfr.: Di Lella, Pedro, Filiación y autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26618), ps. 133 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Aída Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras, Julio 2011, N° 50, La autonomía personal en las relaciones de familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

⁹ Cfr.: Krasnow, Adriana N., *La filiación en el hoy y en el mañana*, ps. 155 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci, Septiembre 2012, N° 56, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

¹⁰ El Proyecto se integra con un Título Preliminar y seis (6) libros.

¹¹ La filiación por adopción se proyecta en el Título VI (arts. 594 á 637).

Capítulo 7: Acciones de reclamación de filiación (arts. 582 á 587); y Capítulo 8: Acciones de impugnación de filiación (arts. 588 á 593).

2. La filiación: las fuentes filiatorias

El principio, fundamento u origen de la filiación¹² en el proyecto se expande a tres categorías: la filiación por naturaleza, la filiación mediante TRHA¹³, y la filiación por adopción (art. 558).

De este modo a las dos fuentes de filiación reguladas en el derecho actual - por naturaleza y por adopción¹⁴-, se incluye la tercera fuente filiatoria¹⁵ que deviene de las TRHA¹⁶.

Como sus precedentes los actuales arts. 240 y 241 CCiv., los proyectados 558 y 559, reiteran, pero mejoran tanto el principio de igualdad de las filiaciones - exceptuada la adopción simple¹⁷ - como la necesidad de redactar de una forma indicada el certificado de nacimiento.

El art. 558 establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena¹⁸, por naturaleza o por TRHA¹⁹, matrimonial y extramatrimonial²⁰, expidiéndose los certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria²¹.

¹² Voz: fuente...8. Principio, fundamento u origen de algo. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=fuente>

¹³ Cfr: Azpiri, Jorge Osvaldo. *La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, ps. 364. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013. Expresa que las fuentes de la filiación son la naturaleza y la adopción, agregando la voluntad procreacional en el caso de las TRHA si se ha utilizado material heterólogo. Afirma que las TRHA no constituyen una fuente de filiación ya que tanto en la filiación por naturaleza que surge de la relación sexual como en las prácticas medicas, la filiación se producirá por naturaleza, radicando la diferencia en la forma en que surge la concepción. En las TRHA la fuente de la filiación será la voluntad procreacional cuando no coincida coincidencia genética entre las personas que desea asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas.

¹⁴ Herrera, Marisa, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc*, p. 95. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

¹⁵ Cfr.: Lancuba, Stella; Barón, Luisa; Lajer, Florencia; Fernández, Noelia; López, Mariana; Almada, María Eugenia, *El escaso conocimiento de la población sobre criopreservación embrionaria podría condicionar la generación de un consenso social para la formulación de una legislación favorable sobre el tema en la Argentina*, RDF 2014-III-309.

¹⁶ Véase con provecho: Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética, Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, 2014, p. 22 y ss.

¹⁷ Véase los arts. 627 y ss. que estatuyen la adopción simple y sus efectos. Véase también las facultades judiciales revistas en el art. 621 proyecto de Código Civil y Comercial.

¹⁸ Medina, Graciela. *La adopción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, ps. 470 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013. Analizando los principios generales sobre adopción.

¹⁹ Cfr.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, en Revista de Derecho Privado. Bioderecho, Año I, Nro. 1, Mayo 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, p. 3 y ss.

²⁰ Cfr.: Barón, Luisa, *Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido*, RDF 2014-III-35.

²¹ El proyectado art. 559 mejora el art. 241 del Código Civil vigente, en cuanto elimina la expresión “únicamente” que no ostentaba andamiaje. También supera la expresión “haber sido o no concebido durante el matrimonio” en tanto la ley determina la paternidad matrimonial por el nacimiento dentro del matrimonio en el actual art. 243 del Código Civil, con indiferencia en este punto de la época de a concepción.

Se consagra como novedad expresa en la ley, la regla de la filiación binaria, es decir que la persona no puede tener más de dos padres, o dos madres, o un padre y una madre. Esta innovación se explica por la incorporación como fuente de filiación a las TRHA.

En la filiación por naturaleza, el origen es el acto sexual, con clara preeminencia del aspecto biológico.

Las particulares normas que se prevén para cada una de las tres clases de filiaciones, reconoce las características de cada una de ellas, y no revela ni se dirige a establecer un trato diferente sin razón constitucional firme y válida.

2.1. La filiación por naturaleza

La filiación por naturaleza, responde en general al sistema vigente, en punto a la determinación de los dos polos de la relación jurídica filiatoria.

La maternidad conforma un sistema de determinación legal, en línea con el art. 242 del Código Civil vigente: es el presupuesto biológico el que opera la determinación filial.

Queda claro que el sistema proyectado mejora en el art. 565 la individualización de la maternidad, como veremos.

La determinación de la filiación matrimonial (art. 566) opera sobre la presunción de filiación y la determinación de la filiación extramatrimonial (art. 570) se sustenta en el reconocimiento.

El Proyecto aprovecha plenamente el sistema de la filiación por naturaleza instalado en el derecho argentino en 1985 por la ley 23264²², así como los valiosos aportes de la doctrina y la jurisprudencia elaboradas sobre tal régimen.

Y, desde esta clara plataforma que instaló la democracia argentina al sancionar el cambio relevante en 1985, especialmente en materia de filiación, el derecho planeado avanza mejorando esta fuente de filiación por naturaleza, acordándola con el plexo constitucional.

2.2. Doble vínculo filial y la obligación del Registro

Además de establecer las fuentes de la filiación y la igualdad de efectos de ellas se destacan dos ideas centrales que abarcan todo el campo de la relación filial.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación y la prohibición para los registros de expedir certificados de nacimiento en que resulte que fuente de filiación se establece respecto a la persona.

La filiación comprende solamente dos vínculos filiales (art. 558, párrafo 3°), lo que recepta de manera expresa a diferencia del Código Civil vigente. En este último el art. 250 está en línea – si bien de modo implícito – con la existencia solo de dos vínculos filiales, en tanto se expresa “no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida”, el que se completa con el art. 252 CCiv²³.

²² Ley 23264 del año 1985. Código Civil y Código de Comercio. Modificaciones – Patria Potestad - Filiación, sanción: 25.09.1985, promulgación: 16.10.1985, B.O. del 23.10.1985, núm.: 25789, pág.: 1. Cfr.: Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación. *Comentario analítico de la Ley 23264*, Depalma, Bs. As., 1986. p. 2 y ss., p. 27 y ss.

²³ Art. 252 CCiv. “Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última”. Este principio también se despliega en el decreto 1006/2012 mediante el cual se regulariza la situación de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida pero antes de la sanción de la ley 26.618. Este decreto establece un proceso administrativo que completa el acta que consigna una sola madre con la cónyuge de la madre que dio a luz, respetándose la existencia de dos polos filiales.

Este principio también se despliega en el decreto 1006/2012²⁴ mediante el cual se regulariza la situación de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida pero antes de la sanción de la ley 26.618.

Por otra parte, el certificado de nacimiento deberá ser expedido por el Registro del estado Civil y Capacidad de las Personas sin posibilidad de establecer la fuente de la filiación (art. 559), lo que refuerza el principio de igualdad.

2.3. Una persona y solo dos vínculos filiales: la regla del doble vínculo filial

El art. 558, 3er párr., ProyCCivCom, establece con nitidez una opción legislativa: ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

No desconocemos que se constatan otras posiciones en el tema, pero la elección del proyecto, es estructurar todas las filiaciones sobre dos vínculos, y no más.

Esto también explica que no se ha reiterado el segundo párrafo del art. 250 del CCiv. que establece la prohibición de inscribir un reconocimiento que contradiga la filiación establecida del hijo, ya que deberá debatirse la filiación ya establecida.

Entendemos por un lado, que quien pretenda reconocer al hijo está obligado a impugnar la filiación establecida, si tuviera los dos vínculos filiales.

El establecimiento de la regla de “solo dos vínculos filiales” torna innecesario reiterar que no se puede inscribir un reconocimiento que contradiga la filiación establecida del hijo (2do. parr, 250 CCiv).

Tampoco se reitera la prohibición de declarar en el reconocimiento el primer nombre del otro padre presente en el vigente art. 250 CCiv., ya que lógicamente el acto jurídico del reconocimiento puede solo efectuarlo quien se emplaza como progenitor.

3. La filiación por naturaleza: su establecimiento y fijación

Dentro del sistema binario²⁵ la filiación por naturaleza exige la individualización de los dos polos filiatorios, sin perjuicio de que puede inicialmente establecerse uno solo de ellos, y operar su completitud posterior.

En la individualización de la filiación por naturaleza, globalmente, se prevén normas para la determinación de la maternidad, para la determinación de la filiación matrimonial y para la determinación de la filiación extramatrimonial.

El Proyecto presta atención a la individualización de la maternidad (art. 565) como sistema único para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales – ya vigente en el país -.

Desde otra perspectiva la determinación de la filiación matrimonial²⁶ que reemplaza la expresión “paternidad matrimonial” del actual art. 243 CCiv., aborda la presunción de filiación del o la cónyuge, de los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte, reiterándose la determinación por sentencia firme en juicio de filiación (art. 569).

²⁴ Decreto 1006/2012, del 2.07.2012, cuya validez fue declarada por la H. C de Diputados de la Nación. Resolución S/N, Bs. As., 21/11/2012. Art. 5º: “En ningún caso podrán completarse inscripciones, en los términos del presente decreto, si el menor tuviere una filiación paterna inscripta con anterioridad”.

²⁵ ProyCCivCom. Art. 558, tercer párrafo: “...ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

²⁶ Título V: Filiación, Capítulo 4: determinación de la filiación matrimonial (arts. 566 á 569); Capítulo 5: determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 á 575).

Esta presunción de filiación matrimonial alude al cónyuge de la madre o la cónyuge de la madre, protegiendo la igualdad de efectos del matrimonio homosexual y heterosexual²⁷.

Por su parte, la determinación de la filiación extramatrimonial (art. 570) - que también reemplaza las voces "paternidad extramatrimonial" de la actual art. 247 CCiv. - afronta la individualización a través de la figura del reconocimiento, manteniendo las distintas formas de reconocimiento que hoy lucen en el art. 248 del CCiv. – sin reiterar el último párrafo -, y la determinación por la sentencia en juicio de filiación.

3.1. Determinación de la maternidad

Como en el sistema actual del art. 242 del CCiv. la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza se funda en el hecho del parto.

La prueba del nacimiento – elemento biológico – atribuye la maternidad a quien dio a luz, de la mano de la identidad del nacido.

Queda claro, como en el derecho vigente, que el instrumento debe inscribirse en el registro pertinente y quien requiere la inscripción debe exhibir justamente el certificado de quien atendió el parto de la mujer – medico, obstétrica o agente de salud si corresponde - . La norma del Código de fondo deberá integrarse con la ley del Registro respectivo²⁸.

Determinar la maternidad, importa señalar jurídicamente, quien es la madre de una persona.

Esta definición legal de la maternidad se obtiene con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

Se resguarda el derecho a la identidad con un emplazamiento sin dilación alguna, así como el derecho a acceder a los orígenes en función de la atribución de la maternidad a quien dio a luz.

Señalamos como innovaciones, los siguientes puntos.

a. El art. 565 ProjCCivCom deja planteada como novedad, tanto la situación de los partos acaecidos en centros asistenciales, en los que se cuenta con el consecuente certificado de los que acaecen fuera de tales centros institucionales, en que se carece del certificado.

²⁷ Ley 26618, art. 42. Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo. (Ley 26618. Matrimonio Civil. Código Civil. Modificación. Sancionada: 15/07/2010. Promulgada: 21/07/2010. Publicación en B.O.: 22/07/2010. El Decreto 1054/2010 - Matrimonio Civil- promulga la Ley 26.618. Bs. As., 21/7/2010).

²⁸ Ley 26413 del año 2008, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sancionada: 10.09.2008, promulgada de hecho: 1.10.2008, B.O. del 06.10.2008, núm.: 31504, pág. 1. Art. 33. A los efectos de completar la identificación descripta en el artículo anterior las direcciones generales deben implementar un formulario, prenumerado, denominado "Certificado Médico de Nacimiento" en el que constará: a) De la madre: nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha; b) Del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) Tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) Nombre, apellido, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstétrica o el agente sanitario habilitado que atendió el parto; e) Fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección del formulario; f) Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos.

b. También innova la norma en cuanto deroga el agregado introducido al art. 242 por la ley 24540²⁹, que exigía acompañar además del certificado del parto, la ficha de identificación del recién nacido. La realidad evidencia que no se aplicó esta exigencia de identificación del nacido.

c. Agrega la posibilidad de que el certificado pueda ser expedido - además del médico y obstétrica - por el agente de salud si corresponde. Esta adición responde a la necesidad de agilizar la expedición del instrumento, conforme las reglamentaciones administrativas de los centros de salud.

d. La notificación de la inscripción del certificado en el Registro debe ser notificada a la madre, como en el sistema anterior. La novedad en esta área alude a las excepciones a que tal notificación no se efectúa: cuando sea la madre quien solicita la inscripción o cuando quien denuncia el nacimiento sea el o la cónyuge de la madre.

3.1.1. La prueba del nacimiento y la identidad del nacido

El supuesto del art. 565 del Proyecto reproduce el art. 242 del CCiv., con algunas modificaciones.

La ley, por su propio imperio, teniendo en cuenta el hecho biológico del parto de la mujer de quien nació la persona que se inscribe, establece la filiación del nacido: la determinación de la maternidad es, entonces, legal.

A la calidad de legal de la determinación de la maternidad se suma el carácter ya enunciado de sistema único para la fijación de la madre: tanto los hijos matrimoniales como extramatrimonial fijan su maternidad conforme al art. 565 del Proyecto.

La prueba del nacimiento exigida es la prueba del parto de la mujer, es decir el hecho biológico del alumbramiento del hijo.

Por su parte la identidad del nacido surgirá del mismo certificado que pruebe el parto, del que se inferirá el sexo del nacido, la fecha y hora del parto, sus características de peso y demás señas si se puntualizan en él, el lugar de nacimiento.

Tanto el nacimiento como la identidad del nacido, prueba que exige la ley, se acreditan con un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde que haya atendido el parto de la mujer cuya maternidad se determina con la inscripción de ese certificado.

3.1.2. La inscripción del certificado médico: las consecuencias. Hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales

Las inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que haya atendido el parto de la mujer, puede efectuarse a petición de quien lo presente.

La inscripción de tal certificado determina la maternidad, aun contra la voluntad de la madre³⁰.

Comprobado el hecho biológico del nacimiento, la madre es cierta y así se fija registralmente.

El deber de notificar a la mujer la inscripción del nacimiento que fija su maternidad, es al solo efecto de que tome conocimiento de la atribución de la maternidad que a su respecto ha operado por imperio del art. 565 del Proyecto. Podrá, si

²⁹ Ley 24540 del año 1995, Régimen de Identificación de los Recién Nacidos, sancionada: 9.08.1995, promulgada de hecho: septiembre de 1995, B.O.: del 22.09.1995, núm.: 28234, pág. 1.

³⁰ Siempre queda legitimada, conforme al art. 588 del ProyCCivCom, para impugnar en sede judicial la maternidad, frente a la sustitución o incertidumbre sobre a identidad del hijo.

se configuran la condiciones exigidas por la ley, accionar impugnando la maternidad (art. 588 del ProyCCivyCom), a fin de destruir en sede judicial la maternidad que se le ha atribuido.

En consecuencia la maternidad establecida solo podrá ser destruida por la mujer mediante la acción de impugnación prevista por la ley: no se contempla trámite administrativo alguno en sede registral.

La novedad en esta área alude a las excepciones a que tal notificación no se efectúa a la mujer: cuando sea la madre quien solicita la inscripción o cuando quien denuncia el nacimiento sea el o la cónyuge de la madre.

Apuntamos los efectos de la inscripción del certificado respecto a los hijos matrimoniales y de los hijos extramatrimoniales.

3.1.2.a. El supuesto de hijos matrimoniales

La inscripción del certificado efectuada por el o la cónyuge de la mujer, no solo determina la maternidad de quien dio a luz, sino el otro polo filiatorio: queda determinada la filiación matrimonial íntegramente (art. 569, inc. a).

Es decir, que la filiación matrimonial se individualiza por la inscripción del certificado y la prueba del matrimonio: resulta un sistema igual para los matrimonios heterosexuales y para los matrimonios homosexuales, en tanto individualizada la madre se presume el otro polo de la relación filiatoria - sea madre o padre, la o el otro cónyuge - , art. 566 PryCCivyCom.

Obviamente se omite en el caso de hijo matrimonial la notificación a la madre, por las presunciones de filiación en juego.

Si la inscripción la efectúa la cónyuge que dio a luz, comprensiblemente queda determinada la maternidad que ella misma denuncia, y el otro polo filiatorio atenta la presunción de filiación matrimonial de los arts. 566 y 569 inc. a del Proyecto³¹.

Cuando se produce la inscripción de un hijo matrimonial por un tercero – que no sea el cónyuge o al cónyuge de la madre – la notificación a la mujer no tiene otro alcance que ponerla al corriente de un hecho fundamental: que se le ha atribuido un hijo. En virtud de ese dato registral, podrá impugnarse la filiación que ha quedado establecida por la ley.

3.1.2.b. El supuesto de hijos extramatrimoniales

En el supuesto del hijo extramatrimonial si es la mujer que dio a luz la que denuncia el nacimiento - cuya consecuencia es atribuir la maternidad por reconocimiento expreso en ese caso – queda determinada la maternidad. – no se reitera en el Proyecto el actual art 250 del CCiv. que establece la prohibición de denunciar la persona de quien tuvo el hijo, pero es obvia su aplicación -

En el caso de uniones heterosexuales, si es el padre extramatrimonial quien denuncia el nacimiento y reconoce el hijo, la maternidad queda establecida por efecto del art. 565 del Proyecto. Opera la determinación legal de la filiación materna conforme al certificado médico que se inscribe; y a la par el reconocimiento del hijo por el padre completa la determinación en los dos polos de la filiación extramatrimonial (art. 571 y cc. del ProyCCivyCom). Se prevé la notificación del reconocimiento (art. 572 del Proyecto).

Cuando se produce la inscripción de un hijo extramatrimonial por un tercero, la notificación a la mujer no tiene otro alcance que ponerla al corriente de un hecho

³¹ Queda siempre la posibilidad de ejercer las acciones de filiación correspondientes (art. 588 y ss. del ProyCivyCom).

fundamental: que se le ha atribuido un hijo, habilitándole las acciones judiciales respectivas.

En síntesis, la inscripción del certificado expedido por el médico, obstétrica o agente de salud, tiene por efecto atribuir la maternidad.

Esta solución que consagró el legislador de 1985 en Argentina, para la filiación por naturaleza – Ley 23264, vigente hoy -, se inspira en el principio de la verdad biológica a favor del menor de edad, que exige la determinación de la filiación: el presupuesto biológico de la filiación surge de la prueba del parto, hecho que el derecho recoge para crear el vínculo jurídico de la filiación por naturaleza.

Queda sin resolverse, parcialmente, el tema de la filiación en las uniones matrimoniales y extramatrimoniales del mismo sexo, tema propio de las TRHA.

3.1.3. Carencia del certificado médico

Se agrega en el art. 565 ProjCCivyCom, en el tercer párrafo, la hipótesis no contemplada en el CCiv. anteriormente, que contempla la situación de los nacimientos que acaecen fuera de los centros de salud o establecimientos médicos³².

Es frecuente en las zonas rurales o urbanas alejadas de los centros hospitalarios que se constaten nacimientos en el hogar de la madre.

La determinación de la maternidad no podría llevarse a cabo si se aplicara solamente la primera parte de la norma del art. 565 del Proyecto, al no contarse en diferentes supuestos con el certificado médico respectivo. Esta circunstancia funda la nueva previsión sobre la determinación de la maternidad en los supuestos de no contar con tal certificado: si se carece de certificado médico, la inscripción de la maternidad por naturaleza se realizará según las normas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La novedad de la inscripción de la maternidad por naturaleza en los supuestos de nacimientos que suceden fuera de los ámbitos de salud institucionales, deberá complementarse en la ley del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que en el presente prevé la inscripción del nacimiento (art. 32, ley 26413).

El art. 565 del Proyecto expresamente remite a la ley del Registro para la determinación o inscripción de la maternidad, ente la falta del certificado respectivo³³.

La doctrina cuestiona la falta de reiteración del principio contemplado en el anterior art. 248 del CCiv. destinado al reconocimiento de la filiación que prevé que es

³² Ley 26413 del año 2008, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sancionada: 10.09.2008, promulgada de hecho: 1.10.2008, B.O. del 06.10.2008, núm.: 31504, pág. 1. Art. 32. El hecho del nacimiento se probará: a) Los nacimientos ocurridos en establecimientos médicos asistenciales de gestión pública o privada, con certificado médico con las características de los artículos 33 y 34 de la presente ley, suscripto por el médico, obstétrica o agente sanitario habilitado al efecto que hubiere atendido el parto; b) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, con atención médica, del mismo modo que el anterior; c) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Se requerirá además, la declaración de DOS (2) testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento.

³³ El art. 571 del Proyecto no reitera la facultad de la madre para reconocer al hijo cuando no hubiere operado la inscripción del nacimiento con el certificado médico, hoy presente en el art. 248 del CCiv. En consecuencia la ley del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá prever el mecanismo para que se inscriba el nacimiento - como luce hoy en la ley 26413 - y se determine la maternidad, cuando se carece del certificado médico del parto.

aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242 del CCiv³⁴.

Por nuestra parte entendemos que la no reiteración en el art. 571 del ProyCCivCom, de la posibilidad del reconocimiento por la madre cuando no hubiere inscripción según el art. 242 CCiv., no impide ni obstaculiza que, probado el embarazo, el parto y que nació un hijo, inscripto el nacimiento según las reglas registrables pertinentes, la madre pueda determinarse como tal.

Queda sin resolver la situación del cambio de identidad de género sin la necesidad de una previa intervención quirúrgica de “reasignación de sexo”, según el art. 4 de la ley 26743³⁵ del año 2012: puede darse el supuesto excepcional de una mujer que cambia la identidad de género a varón, manteniendo intacto su aparato reproductivo. Sin perjuicio de una mirada global de la identidad actual de la persona que da a luz la maternidad se determinará por el parto.

Así, en la filiación por naturaleza el sistema de la determinación de la maternidad es legal y único³⁶: con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido queda completada.

Pero a la par el art. 565 trae esta novedades: a) el certificado podrá ser también expedido por un agente de de salud, además del médico u obstétrica; b) la inscripción debe notificarse a la madre, como principio general; y c) se resuelve la hipótesis de la carencia de certificado de nacimiento en que debe la ley especial establecer una disposición para proceder de inmediato a la inscripción del nacido.

3.2. Determinación de la filiación matrimonial

Se destinan dos capítulos diferentes para la determinación de la filiación matrimonial y la determinación de la filiación extramatrimonial.

El Capítulo 4, del título V - Filiación -, en el Libro Segundo, aborda la determinación de la filiación matrimonial, en los arts. 566 á 569.

Se reemplaza la expresión anterior “paternidad matrimonial”³⁷ en el tema, por la de “filiación matrimonial” que es más correcta³⁸.

La presunción de filiación matrimonial, reitera las reglas de que los hijos nacidos después del matrimonio, son matrimoniales. A la par, se comprende el matrimonio de personas del mismo y diferente sexo, clarificándose el inicio del cómputo del cese de la presunción matrimonial (art. 566).

Se tiene especialmente cuidado de comprender los matrimonios de diferente y del mismo sexo, cuyos efectos iguales, están presentes en el actual art. 42 de la ley 26618, en especial y se reiteran.

³⁴ Famá, María Victoria, Filiación, p. 424. En: Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012; Azpiri, Jorge Osvaldo. La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 368. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

³⁵ Ley 26743 del año 2012, Identidad de género, sancionada: 09.05.2012, promulgada: 23.05.2012, B.O.: 24.05.2012, núm.:32404, pág.: 2

³⁶ Se preservan los adagios “mater semper certa est” (la madre siempre es cierta) y “partus sequitur ventrem” (el parto sigue al vientre).

³⁷ En el CCiv. vigente, los arts. 243 á 245 regulan “Determinación de la paternidad matrimonial”.

³⁸ Cfr.: Pellegrini, María Victoria, *Determinación de la filiación: pasado, presente, futuro*, ps. 103 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Noviembre 2011, N° 52, Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011.

Los debates doctrinarios con motivo de la ley que autorizara los matrimonios del mismo sexo - y aun antes - fueron amplios, ya que los niños nacidos de matrimonios de igual sexo exigían criterios para establecer el doble vínculo filial, llegando a inscribirse como madre a la que dio a luz y en el otro polo filial insertando la voz “cónyuge” o dejando lugar en blanco o situaciones parecidas³⁹. También algunos registros civiles adoptaron interpretaciones para resolver la situación de la presunción en los casos de los matrimonios integrados por dos personas del mismo sexo.

La normativa se ajusta, a los nuevos matrimonios de igual sexo, garantizando el doble vínculo filial y la determinación inmediata de la filiación en el Registro – más allá de que remarquemos alguna carencia en las previsiones -.

El art. 566 ProjCCivCom, extiende la presunción de la filiación matrimonial a los hijos del o la cónyuge – matrimonios de diferente ó del mismo sexo - a los nacidos después de celebrado el matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio vincular o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte –, obviándose la presunción de filiación a tenor del art. 435 proyectado⁴⁰.

Por otra parte el art. 566 referido, sobresale en relación al texto del art. 243 CCiv⁴¹, superando debates y espacios oscuros: a) se presume la filiación de los hijos nacidos después del matrimonio ⁴², siendo indiferente que la concepción se haya producido antes o fuera del matrimonio; b) la presunción de filiación matrimonial tiene un cese más claro: el hecho determinante que hace detener la presunción de filiación matrimonial es el plazo de trescientos días, contados a partir de la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, o la muerte o la separación de hecho; c) clarifica los supuestos en que se detiene la presunción de filiación, en la interposición de la demanda de divorcio, de nulidad del matrimonio, o la separación de hecho o la muerte.

Esta paralización de la presunción, se unifica con claridad en el art. 566 que alude a los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio, o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte – superando la expresión del actual art. 245 que alude de modo indistinto a la separación legal o de hecho de los cónyuges -.

El cese de la presunción de filiación matrimonial por la separación de hecho, ocasiona siempre una hipótesis de difícil resolución, lo que en modo alguno puede ser regulado en la ley, y deberá estarse a la situación a diagnosticar o resolver – art. 567 -.

³⁹ Véase: Ciudad de Buenos Aires, resolución N° 38/2012 del Ministerio de Justicia y Seguridad local que instruyó a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sobre el tema.

⁴⁰ Ver: Azpiri, Jorge Osvaldo. *La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, ps. 369 y s. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013

⁴¹ Art. 243 CCivil. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

⁴² Se trata, desde 1985, de sostener la matrimonialidad del hijo nacido después de la celebración, en tanto la ley respeta el conocimiento presunto de la filiación por el o la cónyuge de la mujer que contraen nupcias embarazada; y por otra parte, no puede desconocerse la existencia de numerosas uniones convivenciales que en ocasiones se regularizan ante el advenimiento de un hijo, en el sistema matrimonial, aunque esté vigente un derecho específico de esas uniones familiares como el proyectado (art. 509 y ss. ProjCCivCom).

Y en orden al conflicto que suscita la inscripción del nacido determinándose un solo polo filial – el materno, habitualmente - cuando rige la presunción de filiación matrimonial, no puede solucionarse tampoco estableciendo normas, ya que los principios generales y el caso concreto exigirán una decisión acorde al planteo de la realidad y a los principios en la materia⁴³, que desborda las proyecciones que pueda tener el legislador.

En el matrimonio heterosexual la presunción legal de filiación se funda en que los hijos de la mujer son hijos del esposo, lo que admite prueba en contrario.

En el matrimonio de personas del mismo sexo se presume que los hijos nacidos de la mujer son hijos del cónyuge o de la cónyuge de quien dio a luz.

3.2.1. Condiciones de funcionamiento del art. 566 ProyCCivyCom

Como aclaración general, el art. 566, preceptúa que la presunción de filiación matrimonial no rige en los supuestos de los hijos nacidos por TRHA, sino se ha prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre de acuerdo al art. 560 y ss.

La norma es clara: la presunción de filiación matrimonial opera desde la celebración del matrimonio; esta presunción ante supuestos de divorcio, nulidad, separación de hecho o muerte, cesa si el nacimiento se produce después de los trescientos días desde la interposición de la demanda o de los hechos acaecidos.

Para que la presunción de filiación matrimonial funcione deben configurarse una serie de condiciones que el art. 566 proyectado contiene.

Tales exigencias son:

a. la maternidad debe estar determinada, conforme al art. 565 ProyCivyCom.

Puede operar por la fijación legal prevista en el art. 565, inscribiéndose el certificado respectivo o en su caso, a falta de certificado, según la solución que prevea la ley del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

También puede resultar de una sentencia que culmina un juicio de filiación.

Es el o la cónyuge de la mujer que da a luz – madre del nacido – a quien se presume padre o madre del hijo.

La madre del hijo debe estar designada legalmente o ser designada, para que funcione la presunción de filiación.

El art. 248 CCiv vigente, permite extender las normas del reconocimiento, a la madre cuando no hubiere tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242. En el art. 571 ProyCCivyCom, no reitera la facultad de la madre que dio a luz, de reconocer el hijo cuando no se determinó la maternidad según el art. 565 ProyCCivyCom, por las razones que ya hemos consignado y desde la perspectiva que no es suficiente el reconocimiento para determinar la maternidad.

b. Debe existir matrimonio entre la mujer que da a luz y el o la cónyuge de quien se presume la filiación.

Se exige la prueba del matrimonio entre los progenitores al tiempo del nacimiento del hijo, o de su concepción.

Es decir que deben estar casados, al alumbramiento del hijo – sin perjuicio de hipótesis especiales posteriores a la demanda de divorcio o anulación -.

Para el supuesto de interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, o de separación de hecho o de la muerte, el hijo debe nacer dentro de los 300 días posteriores a esos hechos.

⁴³ Cfr.: Azpiri, Jorge Osvaldo. *La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, p. 369. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

Es una presunción de filiación positiva: la ley supone que el o la cónyuge es el progenitor o progenitora de los hijos comprendidos en el art. 566.

La maternidad y el matrimonio resultan de los asientos registrales: la ley presume que el o la cónyuge es el otro progenitor del hijo que dio a luz la mujer.

Esta presunción de filiación matrimonial puede ser cuestionada a través de las acciones de filiación.

c. Debe producirse el nacimiento del hijo después de celebrado el matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

Como en el sistema vigente introducido por la ley 23264, se ha mantenido más nítidamente el plazo temporal en que opera la presunción de filiación matrimonial - y correlativamente el cese -.

3.2.1.a. Hijo nacido después del matrimonio

El hijo nacido luego de la celebración del matrimonio, tiene por progenitor al cónyuge o a la cónyuge de la mujer que dio a luz. Así, el hijo nacido al día siguiente del matrimonio de los progenitores – para exponer didácticamente la idea - , tiene por progenitor al esposo o esposa de la madre que alumbró.

La concepción dentro del matrimonio se reitera que no es un requisito de la filiación matrimonial. En consecuencia son matrimoniales los hijos concebidos antes de las nupcias, aunque el padre o la madre estuviesen uno o ambos o ambas unidas en matrimonio con terceros al tiempo de la concepción.

Se prescinde de la época de la concepción y de la duración del embarazo, declarando hijo matrimonial al nacido dentro del matrimonio o en el periodo de trescientos días posteriores ya enunciado.

Si el nacimiento opera dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, la ley no desconoce que la concepción del hijo es anterior al matrimonio. Tampoco presume la ley que el embarazo ha durado menos que el plazo mínimo de ciento ochenta días (art. 20 Proyecto), sino que simplemente prescinde de la época de la concepción y de los plazos de duración del embarazo, presumiendo la filiación del esposo o esposa de la madre que alumbró.

Esta presunción de filiación que atribuye el hijo al esposo o esposa solo puede atacarse por medio de la acción de filiación pertinente, que puede entablar el esposo o la esposa, conforme a los arts. 589, 590 y 591 Proyecto.

La presunción de filiación matrimonial de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, es endeble, pues cabe a su respecto la acción de negación de la filiación presumida por la ley (art. 591), que la restringe a los hijos nacidos dentro del periodo mencionado - más endeble en relación a la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley según los arts. 589 y 590 del Proyecto-

3.2.1.b. Hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte

Por otra parte, también se presume la filiación matrimonial respecto al esposo o esposa de quien da a luz dentro de los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

Esta presunción puede ser atacada por la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, prevista en los arts. 589 y 590 ProyCCivCom., nominada a veces acción de impugnación rigurosa o estricta de la filiación matrimonial.

3.2.2. La presunción de filiación frente a la separación de hecho

La situación singular de la separación de hecho, se contempla en el art. 567 ProyCCivCom⁴⁴, de modo análogo al que rige en el presente en el art. 245 CCiv: a) no rige la presunción de filiación matrimonial por estar separados de hecho los cónyuges por un período superior a los trescientos días, en el supuesto del hijo nacido después de los trescientos días del inicio de la separación de hecho; b) y sin embargo, se faculta a inscribir el nacido como hijo del matrimonio, cuando el consentimiento conjunto se expresa.

Se trata de establecer la presunción de filiación matrimonial del o de la cónyuge, cuando se ha configurado la separación de hecho, naciendo el hijo después de los trescientos días aludidos. Recuérdese que por el art. 566 ha cesado la presunción de filiación matrimonial, de los hijos nacidos después de los trescientos días de la separación de hecho.

Aun faltando esa presunción de filiación matrimonial, el hijo puede ser inscripto como hijo matrimonial, exigiéndose el consentimiento de ambos cónyuges.

Ausente esa presunción, la norma autoriza que el nacido se inscriba como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos, sea la filiación biológica o derivada de las TRHA, en que siempre deberá observar el procedimiento y exigencias para las técnicas referenciadas.

El hijo lo será del matrimonio, a pesar de la falta de presunción de la filiación matrimonial, por ausencia de ella.

A nuestro entender no se trata de una presunción de filiación del cónyuge, sino de un reconocimiento de filiación, y la consecuente determinación de la filiación matrimonial.

La norma no violenta la indisponibilidad del estado de familia, permitiendo transformar una filiación extramatrimonial en una filiación matrimonial-

Debe remarcarse que la separación de hecho como situación fáctica opera el cese de la presunción de filiación matrimonial: puede ocurrir que la madre lo inscriba como hijo de ella o un tercero persiga el reconocimiento del hijo – situaciones que traen numerosos problemas, que deben resolverse por la jurisprudencia⁴⁵.

A nuestro entender, en estos supuestos en que se ha “consensuado” la filiación matrimonial cuando faltaba la presunción de filiación, por el consentimiento de los dos progenitores, quedan a salvo las acciones de filiación para impugnar la filiación establecida.

⁴⁴ El art. 567 ProyCCivCom al referir la hipótesis solo a la separación de hecho, mejora el art. 245 CCiv vigente, en tanto supera la distinción entre separación legal o de hecho de los esposos, que suscita inconvenientes.

⁴⁵ Cfr.: Famá, María V., *La filiación por naturaleza en el Anteproyecto de Código Civil*, ps. 59 y ss. En: J.A., Numero Especial, *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As. Expresa la autora que así: “subsisten las dudas en relación con los casos en que el nacimiento del hijo se produzca dentro de los plazos en los que rige la presunción de filiación y el niño resulte inscripto sólo con el apellido materno, ya sea porque se ha omitido acompañar la partida de matrimonio al momento de la inscripción o porque voluntariamente la madre declara ser de estado civil soltera. Aquí serán de aplicación las distintas interpretaciones propugnadas por la doctrina y la jurisprudencia, desde aquellas que sostienen, en un extremo, la vigencia de pleno derecho de la presunción de paternidad y, en otro, su cesación cuando el niño no fue inscripto como hijo de ambos cónyuges, hasta las eclécticas –a las que adhiero- que condicionan la respuesta a la circunstancia de que el niño hubiera sido reconocido por su progenitor biológico”.

Se constatan en este tema, opiniones diversas en la doctrina argentina⁴⁶.

Cualquier debate sobre la presunción de filiación “consensuada” por los cónyuges estando separados de hecho, en el marco del art. 567 ProyCCivCom, deberá ser resuelto en el ámbito jurisdiccional.

3.2.2.a. Las TRHA y el art. 567 ProyCCivCom

Cabe aclarar que es la voluntad procreacional manifestada en forma la que estructura la filiación derivada del uso de las TRHA.

Si en un matrimonio se han utilizado las TRHA deberá acreditarse todos los requisitos exigidos para el establecimiento de esa fuente de filiación.

Es decir, que la norma propuesta exige la concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges separados de hecho, y en el supuesto de las TRHA, haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre, y demás requisitos dispuestos en la ley especial, que deberá dictarse.

El art. 567 citado, prevé el nacimiento del hijo mediante las TRHA, habiendo cumplido con el consentimiento previo, informado y libre – y demás requisitos-, y la concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges, para establecer la presunción de filiación naciendo el hijo durante la separación de hecho.

Por eso si se trata de una presunción de filiación por naturaleza, o por TRHA, deberá concurrir el consentimiento de ambos cónyuges. Si ha mediado el uso de las TRHA además, debe contarse con el consentimiento que se exige como previo, informado y libre (art. 560 del ProyCCivCom).

En conclusión, el art. 567 ProyCCivCom prevé, entonces, la posibilidad de la inscripción del hijo como matrimonial, aunque la separación de hecho de los cónyuges indique la ausencia de la presunción de filiación matrimonial, tanto para la filiación por naturaleza cuanto para la filiación por TRHA.

Se exige: a) el consentimiento de ambos cónyuges para la inscripción del hijo como matrimonial, tanto para la filiación por naturaleza cuanto para la filiación por TRHA; y b) en la filiación por TRHA, se exige además, el consentimiento previo, informado y libre, y los requisitos que disponga la ley especial.

3.2.3. Presunciones de filiación en conflicto: dos matrimonios sucesivos

El conflicto de presunciones de filiación, en caso de matrimonios sucesivos, se aborda en el art. 568 ProyCCivCom manteniendo el contenido – mejorado – del art. 244 CCiv.

Este juego de presunciones legales rige en la filiación por naturaleza, por lo que se explica que pese en la solución la época de la concepción derivada del acto sexual.

En las TRHA no rige esta norma en tanto presenta reglas propias diferentes.

En este orden, se supone la existencia de dos matrimonios sucesivos de la madre que da a luz y un nacimiento ocurrido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primer matrimonio, y simultáneamente, a la vez, dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, o después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio.

Los supuestos son básicamente dos:

⁴⁶ Véase: Azpiri, Jorge Osvaldo, “*La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”, ps. 371 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

a. El hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio, y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio.

La ley atribuye el vínculo filial al primer o a la primera cónyuge, ya que al acaecer el alumbramiento no transcurrió el plazo mínimo de gestación previsto en el art. 20 ProyCCivCom.

El hijo se reputa nacido dentro del primer matrimonio.

b. El hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio.

La presunción de filiación se atribuye al segundo matrimonio: el vínculo filial se anuda con el segundo cónyuge.

Ha transcurrido el plazo mínimo del embarazo al día del nacimiento del hijo que autoriza a inferir la presunción de filiación respecto al segundo matrimonio.

Además, la mirada del interés superior del NNA, prima en la norma: ante la duda, la presunción de filiación del nacido, se atribuye a un progenitor presente - el del segundo matrimonio-.

Las presunciones establecidas, admiten prueba en contrario, en todos los casos (art. 568, in fine).

3.2.4. Prueba de la filiación matrimonial

La determinación de la filiación matrimonial, como hemos señalado, se ha regulado en el polo de la maternidad en el art. 565 del Proyecto, y en el otro polo filiatorio que es el o la cónyuge de la mujer casada que dio a luz, en el art. 566 ProyCCivCom.

La regla para la determinación de la maternidad, es una sola: la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, instrumentos que acceden al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El otro polo filiatorio, se rige por la presunción de filiación matrimonial ya analizada y contenida en el art. 566 ProyCCivCom: opera en los hijos nacidos después de celebrado el matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

Este sistema de determinación de la filiación matrimonial, va de la mano con el sistema de prueba filiatorio.

El título de estado de familia es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona, y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado⁴⁷.

En consecuencia el estado de familia se prueba con los instrumentos públicos - título de estado - que lo acredita: el título prueba el estado de familia de la persona.

El art. 569 ProyCCivCom. establece los medios de prueba de la filiación matrimonial, es decir que los títulos comprendidos en los tres incisos del artículo referido, acreditan el emplazamiento en el estado de filiación matrimonial.

Desde una perspectiva, los títulos en la filiación por naturaleza, son: la partida de nacimiento del hijo y la partida de matrimonio de los padres; y la sentencia firme dictada en juicio de filiación – en su caso-.

⁴⁷ BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, novena edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As. , 2009. N° 17, p. 38.

En cambio en la filiación matrimonial derivada de las TRHA, la prueba de tal filiación se configura por el consentimiento previo, libre e informado debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 569 Proy., inc. c).

El título de estado habilita para ejercer todos los derechos emergentes de él, sin más gestión que exhibirlos.

Esta autosuficiencia privilegiada por la ley del título de estado solo puede ser destruida por el ejercicio de una acción que desplace a la persona del estado de familia en que se halla.

El título “Determinación de la filiación matrimonial” (arts 566 á 569 ProyCCivCom) no supera el debate respecto a lo que debe entenderse por título de estado, cuestión que no debe porque establecer la ley, por otro lado⁴⁸.

Podemos distinguir los supuestos, que reseñamos a continuación.

a. Primer supuesto de determinación y prueba de la filiación matrimonial.

El inciso a) del art. 569 ProyCCivCom, no genera discusión alguna: la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro citado y la partida de matrimonio, prueba la filiación matrimonial, como en el sistema del CCiv – con doble vínculo filial-.

Es un sistema de determinación extrajudicial - naturalmente-.

b. Segundo supuesto de determinación y prueba de la filiación matrimonial.

El inciso b) del art. 569 ProyCCivCom indica que también la sentencia firme dictada en juicio de filiación, la prueba.

Es un sistema de determinación de la filiación matrimonial, judicial.

c. Tercer supuesto de determinación y prueba de la filiación matrimonial.

Consignamos que el inciso c) de la norma citada, alude a las TRHA, en que el consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, prueba la filiación matrimonial.

La ley N° 26413⁴⁹, en el art. 78 expresa que: “Todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. En todos los casos, los jueces, antes de dictar sentencia, deberán correr vista a la dirección general que corresponda. Los registros civiles no tomarán razón de las resoluciones judiciales que sólo declaren identidad de persona sin pronunciarse sobre el verdadero nombre y/o apellido de la misma”.

Ha de tenerse presente particularmente lo dispuesto en la norma precitada, en toda decisión jurisdiccional que resuelva sobre el estado civil y/o capacidad de las personas.

3.3. Determinación de la filiación extramatrimonial

El Capítulo 5, del título V – de la filiación -, en el Libro Segundo, ProyCCivCom, aborda la determinación de la filiación extramatrimonial, en los arts. 570 á 575.

La filiación extramatrimonial se determina distinguiendo la fuente filiatoria, es decir según qué clase de filiación es: a) podrá ser una determinación voluntaria - por el reconocimiento - como declaración de ambos progenitores o por la voluntad procreacional expresada por el consentimiento previo en las TRHA; ó b) podrá ser una

⁴⁸ Cfr.: BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, novena edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009. N° 456, p. 543. .

⁴⁹ Ley n° 26413 del año 2008, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sancionada: 10.09.2008, promulgada de hecho: 1.10.2008, B.O. del 06.10.2008, núm.: 31504, pág. 1.

determinación forzada, en que la filiación emerja de una sentencia declarativa en juicio de filiación.

3.3.1. Principio general y reconocimiento: art. 570 ProyCCivCom

El principio que se sienta en el art. 570 ProyCCivCom es que la filiación extramatrimonial exige para su determinación el reconocimiento voluntario del hijo o bien la sentencia judicial que corone el proceso de reclamación de la filiación (art. 582 y ss.). Queda separada la filiación proveniente de la TRHA, que se determina por el consentimiento previo, informado y libre, según su propio sistema normativo⁵⁰.

3.3.1.a. Filiación extramatrimonial por naturaleza

En la filiación extramatrimonial por naturaleza, la maternidad queda determinada según el art. 565 ProyCCivCom - igual que en la matrimonial - y el otro polo filiatorio, deviene del reconocimiento del hijo o por la sentencia judicial.

El nudo central en la determinación de la filiación extramatrimonial, como en el sistema vigente, es el reconocimiento que puede ser voluntario, nítidamente extrajudicial, o acaecer forzadamente a través de una sentencia.

Es también prueba, entonces, la sentencia dictada en juicio que declare la filiación extramatrimonial: esta determinación exige una sentencia que declare la filiación no reconocida. Esto explica que en el supuesto de la sentencia, se nomine reconocimiento forzado o judicial del vínculo filiatorio.

3.3.1.b. Filiación extramatrimonial por TRHA

En la filiación por TRHA, esta se determina por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas, conforme al art. 570 ProyCivCom: por este consentimiento específico que se exige en esta nueva fuente filiatoria.

La relación con cada uno de los dos progenitores, responde a sistemas diversos: la maternidad se determina según el art. 565, y el otro polo filiatorio, según el reconocimiento, el consentimiento en las TRHA o la sentencia en juicio de filiación.

No operan en la filiación extramatrimonial, las presunciones de filiación matrimonial que ya se han desarrollado en el art. 566 y ss. ProyCivCom.

Se debe tener en cuenta el art. 585 ProyCivCom, que alude a la convivencia de la madre durante la época de la concepción, que hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente - en la filiación por naturaleza -, excepto oposición fundada⁵¹.

3.3.2. El reconocimiento

El reconocimiento como acto voluntario, se entiende desde la doctrina, que es el “acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otro es su hijo”⁵².

Las expresiones “reconocimiento voluntario” y “reconocimiento forzado” responden al modo en que se ha determinado la filiación. El reconocimiento voluntario

⁵⁰ Véase para el derecho comparado: Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética, Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, 2014, p. 71 y ss.

⁵¹ Se reproduce la idea central del art. 257 CCiv, si bien mejorando la redacción y reacomodando la norma a la regulación de las uniones convivenciales, así como a las uniones matrimoniales y extramatrimoniales del mismo sexo: “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción, hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

⁵² Cfr.: BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, novena edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As. , 2009, N°470, ps. 556 y ss.

es una declaración directa del o de la progenitora o progenitor; y el reconocimiento forzado surge de la sentencia judicial que ha admitido la acción filial respectiva. Por eso la determinación de la filiación extramatrimonial podrá resultar de un reconocimiento espontáneo o, si éste no se efectúa, como resultado forzoso de la acción de filiación que triunfa determinando la filiación extramatrimonial.

El reconocimiento efectuado aparece, entonces, como uno de los medios legales para determinar la filiación extramatrimonial.

La determinación extrajudicial de la paternidad extramatrimonial, no es no cuenta con un equivalente de la presunción de la filiación matrimonial – prevista en el art. 566 ProyCCivCom-.

Es en este punto donde el sistema de filiación exige distinguir la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.

Simplemente el sistema distingue la filiación matrimonial de la filiación extramatrimonial, a los fines de posibilitar la determinación del sistema general filiatorio, siendo posible una individualización presumida en la filiación matrimonial, que no puede reiterarse en la filiación extramatrimonial.

La ley apela, entonces, al tradicional medio de determinación de la paternidad, que es el reconocimiento del hijo: es el acto jurídico familiar en virtud del cual una persona emplaza a otra en el estado de hijo, autoseñalándose como progenitor⁵³.

3.3.2.a. Capacidad y reconocimiento

El sistema proyectado sigue un criterio amplio para establecer la capacidad para reconocer un hijo.

Así, el art. 680 del Proyecto autoriza al hijo adolescente a reconocer hijos, es decir al hijo que ha cumplido los trece años⁵⁴.

La doctrina afirma que el Proyecto muestra un sistema que permite una mayor aptitud en la toma de decisiones de niños, niñas y adolescentes, en los asuntos que los afectan, máxime en cuanto respecta al ejercicio de sus derechos personalísimo⁵⁵, que explica la posibilidad de reconocer hijos desde los trece años.

Por su parte, en cuanto al reconocimiento por progenitores menores de edad, el art. 44 de la ley 26.413 instituye que “en el supuesto del –actual- artículo 286 del CCiv., el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la ley 26.061”, lo que puede viabilizar diversas políticas públicas para que los padres adolescentes puedan llevar a cabo su proyecto familiar.

Esta capacidad atribuida al adolescente también va de la mano con el derecho fundamental de la persona, a tener desde el nacimiento un emplazamiento filial.

Se reitera que se ha eliminado el reconocimiento materno que prevé el art. 248 del CCiv., por la progenitora, rigiendo siempre en la determinación de la maternidad el sistema legal y único previsto en el art. 565 ProyCCivCom, que subsidiariamente prevé en el supuesto de carecer de certificado médico, que las leyes a dictarse deberán prever la situación.

⁵³ Cfr.: Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación. *Comentario analítico de la Ley 23264. Comentario al art. 248 Código Civil introducido por la Ley 23264 del año 1985*. Depalma, Bs. As., 1986, ps. 68 y ss.

⁵⁴ El art. 25 del ProyCCivCom, estatuye que “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

⁵⁵ Véase: Muñiz, Javier N., Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos., ps. 105 y ss. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

3.3.3. Formas del reconocimiento – art- 571 ProyCCivyCom -

Las formas que puede tener el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, se observan en el art. 571 ProyCCivyCom.

La paternidad extramatrimonial por reconocimiento del hijo deviene por tres caminos, que se consignan.

a. Declaración ante el Registro

Por la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente.

Esta hipótesis trata del reconocimiento contenido en la partida inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Puede ocurrir en general que ambos padres concurren al registro citado a inscribir el nacimiento del hijo, declarando su reconocimiento el padre, o bien que atribuida la maternidad según el art. 565 del ProyCCivyCom el reconocimiento de la paternidad sea posterior – así lo expresa el art. 571 inc. a) del ProyCCivyCom que refiere que la declaración será en oportunidad de inscribirse el nacimiento o con posterioridad.

b. Declaración realizada en instrumento público o privado

De la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.

Los instrumentos públicos son los descriptos en el art. 289; en consecuencia el reconocimiento puede ser formulado en una escritura pública, en un instrumento extendido por el escribano o un funcionario público según las formas requeridas por la ley. Recuérdese que el instrumento público hace plena fe (art. 296 ProyCCivyCom).

En el caso del reconocimiento formulado en instrumento privado (art. 313 ProyCCivyCom), el instrumento debe estar debidamente reconocido. Esta circunstancia reitera el art. 248 inc. 2 del CCiv. según ley 23264⁵⁶.

El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto (art. 314 del ProyCCivyCom).

Cabe señalar que para fijar la fecha cierta del instrumento privado que contenga el reconocimiento, deberá estarse por la dispuesto en el art. 317 del ProyCCivyCom.

c. Disposiciones de última voluntad

De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

Las disposiciones de última voluntad son también instrumentos públicos o privados, estando comprendidos en el supuesto anterior⁵⁷.

Pero como se señala desde la doctrina, la ley ha creído conveniente mencionarlos no solo porque son formas clásicas de reconocimiento, sino también “porque en este caso se plantea con frecuencia el problema del reconocimiento

⁵⁶ Cfr.: Saucedo, Ricardo Javier, *Los instrumentos públicos, privados y particulares*, ps. 167 y ss. En: Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012.

⁵⁷ Cfr.: Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Familia*, Tomo II, Editorial Perrot, Bs.As., 1989, N° 712, p. 42. Aclara el jurista que no hubiera sido necesario aludir expresamente a los testamentos – o disposiciones de última voluntad-, puesto que ellos son también instrumentos públicos o privados, por lo que se encuentran comprendidos en el supuesto anterior.

incidental, que la ley ha querido dejar resuelto de manera expresa en el sentido de la validez”⁵⁸.

El reconocimiento puede efectuarse entonces en forma directa o incidental o en frase incidental, en el acto de última voluntad (arts. 2462, 2472 y cc, Sucesiones testamentarias).

3.3.3.a. Los supuestos del art. 571 sobre reconocimiento “voluntario” y el título de estado

Es conveniente recordar que el título de estado es el instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona.

En consecuencia, el instrumento privado o el acto de última voluntad que contiene el reconocimiento – en un instrumento de este tipo- no constituyen título de estado en el sentido indicado.

En los supuestos en que la paternidad por reconocimiento del hijo resulta de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido o de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, será conveniente la inscripción en el Registro del Estado Civil, y capacidad de las Personas de los instrumentos que contengan la declaración de última voluntad reconociente (hoy decreto ley 8204/63, art. 39).

Puede concluirse que los tres incisos del art. 571 suponen actos escritos para el reconocimiento del hijo.

En tal sentido los demás hechos que puedan eventualmente constituir manifestaciones de la calidad de progenitor serán materia de prueba en el juicio de filiación pertinente, como por ejemplo, la posesión de estado.

3.3.4. Caracteres del reconocimiento

En el art. 573 ProyCCivCom se alude a las notas del reconocimiento.

Es un acto jurídico irrevocable, no puede someterse a modalidad alguna, ni tampoco requiere la aceptación por el hijo.

Los caracteres más sobresalientes del acto jurídico del reconocimiento del hijo figuran en el primer párrafo del art. 573 citado: es irrevocable, no sometido a modalidades y es unilateral.

El reconocimiento del hijo es irrevocable ya que una vez efectuado tal declaración no puede ser revocada.

Tampoco se puede sujetar la declaración de reconocimiento a condiciones, plazos o modos que alteren sus consecuencias legales (arts. 343, 350, 354 y cc.).

Finalmente el reconocimiento se perfecciona como acto jurídico por su sola realización, sin que se requiera la aceptación del hijo reconocido. La unilateralidad del reconocimiento es sin perjuicio de la acción de impugnación que pueda entablar el hijo contra el reconocimiento efectuado (art. 593 del ProyCCivCom).

3.3.5. El reconocimiento posterior a la muerte del hijo

El supuesto del reconocimiento posterior a la muerte del hijo se contempla en el art. 573, segunda parte.

Se fija una regla general, y la excepción a esa pauta.

⁵⁸ Cfr.: Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Familia*, Tomo II, Editorial Perrot, Bs.As., 1989, N° 712, p. 42. Aclara el jurista que

Se mantiene el principio general hoy presente en el CCiv. de no atribuirle derechos en la sucesión a quien formula el reconocimiento del hijo ya muerto ni a los demás ascendientes de su rama.

Se exceptúa el reconocimiento posterior a la muerte del hijo por el padre, en la hipótesis en que haya habido posesión de estado de hijo a pesar de la falta de reconocimiento formal⁵⁹.

El hijo premuerto no reconocido conlleva una nota importante como excepción: la posesión de estado de hijo, autorizará al reconociente del hijo ya muerto y a los ascendientes de su rama a concurrir a la sucesión del hijo prefallecido⁶⁰.

Los padres pueden reconocer a sus hijos muertos guiados por fines nobles: tal es la permisión de la ley.

La excepción se justifica plenamente si el hijo ha ostentado y se ha beneficiado con la posesión de estado de hijo del reconociente, en que este podrá concurrir como los demás ascendientes de su rama a tal sucesión.

Por otra parte ley declara indignos de suceder al hijo a los padres que no lo hubieran reconocido voluntariamente en la menor edad –causándole un marcado perjuicio - o el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental⁶¹ (art. 2281, ProyCCivCom)⁶².

3.3.6. Publicidad del reconocimiento

El art 572 proyectado alude a la comunicación del reconocimiento a la madre y al hijo, en el marco de la filiación extramatrimonial, ya que hemos explicado que la determinación de la filiación matrimonial en el marco de la presunción de art. 566 del ProyCivCom., acaece de un modo distinto y por vías diferentes.

En la filiación extramatrimonial, se innova en la letra de la ley proyectada, la exigencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de anotar el reconocimiento que se efectúe, tanto a la madre como al hijo, o su representante legal (art. 572 Proy).

Esta norma si bien mantiene el reconocimiento como acto unilateral, intenta garantizar que la determinación de la filiación se corresponda con la realidad biológica, lo que explica la publicidad que a través de la notificación registral se ordena en el art. 572 del ProyCCivCom.

El reconocimiento puede efectuarse determinándose la filiación extramatrimonial, y a la par se anota de tal emplazamiento a la madre y al hijo o a su

⁵⁹ El art. 573 ProyCCivCom, segundo párrafo, reconoce como precedente el art. 249, segundo párrafo del Código Civil.

⁶⁰ Esta solución de la norma continúa la línea del art. 638 del ProyCCivCom, en cuanto la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos para la protección, desarrollo y formación integral del hijo menor de edad no emancipado.

⁶¹ En el Código Civil vigente la causal de indignidad es contenida en el art. 3296 bis. “Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna”. (Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985).

⁶² ProyCCivCom, Libro Tercero “Derechos Personales”, Título IV Contratos en particular (arts. 1123 y ss), Cap. 22 “Donación” (arts. 1542 y ss.), Sección 4ª. “Reversión y revocación” (art. 1566 y ss.). La ingratitud se regula específicamente en el art. 1571 del ProyCCivCom, que dice: “Art. 1571.- Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal”.

representante legal para que en su caso, pueden entablarse las acciones pertinentes de ser insincera la paternidad extramatrimonial individualizada a través del reconocimiento.

3.3.7. Admisión del reconocimiento del hijo por nacer

La posibilidad de reconocer al hijo por nacer, antes, es una innovación también positiva cualitativamente, y sigue la posición de la mayoría de la doctrina.

Existe silencio de la ley argentina, pero se implementan estos reconocimientos a pesar del vacío, además de estar presentes en el derecho de El Salvador⁶³, Venezuela⁶⁴, entre otros⁶⁵.

La norma está presidida por la clausula del interés superior del niño ya que desde su concepción implementa la protección efectiva de su derecho a la identidad, permitiendo el emplazamiento filial.

3.3.8. Determinación en las TRHA

Solo para completar la visión de la determinación de la filiación, consignamos que el art. 575 ProjCCivCom. preceptúa que en las TRHA la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, libre e informado, prestado de conformidad con el código y la ley especial.

Se propone respecto a las TRHA que han implicado gametos de terceros, que no se genera vinculo alguno con ellos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales, en los mismos términos que la adopción plena (art. 694 Proj).

4. La filiación por naturaleza: las acciones

Luego de establecer disposiciones generales para la filiación (558 y 559), fijar las reglas generales de la filiación por TRHA (560 á 564), construir el sistema de determinación de la maternidad (565), de determinación de la filiación matrimonial (566 á 569), y de determinación de la filiación extramatrimonial (570 á 575), aborda las acciones de filiación.

Se estructura la temática a través de un Capítulo de disposiciones generales sobre las acciones (576 á 581), despliega las acciones de reclamación de filiación (582 á 587) y las acciones de impugnación de filiación (588 á 593).

Examinamos las acciones, en el marco de la filiación por naturaleza, en este segmento.

Las acciones de filiación son acciones de estado de familia las que al decir de la doctrina tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado

⁶³ Código de Familia de El Salvador. Libro Segundo: filiación y estado familiar. Título I Filiación, Capítulo II Filiación consanguínea”, Sección Primera “De la paternidad”, Parte Segunda “Del reconocimiento voluntario” (arts. 143 á 147). el art. 144 dice: “El padre podrá reconocer al hijo concebido y al hijo fallecido, por cualquiera de los m3dios establecidos en este código que fueren aplicables...”.

⁶⁴ Cfr. para la doctrina venezolana: Lopez Herrera, Francisco. Derecho de Familia, T. II, 2ª. edic. actualizada, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 428 y ss. Sostiene el autor que la norma del Código civil transforma en hijo extramatrimonial al hijo matrimonial, lo cual “si se trata de un niño o un adolescente c no parece corresponder a su interés superior ni tampoco a la prioridad de sus derechos, proclamados por el art. 78 CN y 7 y 8 LOPNA”; Código Civil de Venezuela, Libro Primero De las Personas, Título V “De las filiación”, Cap. III “Disposiciones comunes, Sección II “Del reconocimiento voluntario” (arts. 217 á 225). El art. 225 del Código Civil preceptúa “Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A de este código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio”.

⁶⁵ Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Perú.

emplazamiento en el estado de familia, o a construir, modificar o extinguir un emplazamiento⁶⁶.

En tanto la filiación es el vínculo jurídico recíproco que une a los hijos con los padres, fundada en la filiación biológica, en el hecho de la generación, la acción de filiación tenderá a reclamar la filiación jurídica “progenitor - filial” o a impugnar la que se haya establecida⁶⁷.

En el tratamiento de las acciones de filiación, excluimos el estudio de la filiación adoptiva y de la filiación por TRHA, ciñéndonos a la filiación por naturaleza o biológica.

4.1. Disposiciones generales

A partir del art. 576 del Proyecto se establecen los caracteres de las acciones de filiación, la consecuencia de la regla general de doble vínculo filial, la prueba genética, la prueba genética postmortem, la competencia y una norma sobre la filiación de los hijos nacidos por TRHA.

En síntesis, abordamos los caracteres de las acciones (576), la inadmisibilidad de la demanda en las TRHA (577), la consecuencia de la regla general de doble vínculo filial (578), la prueba genética (579), la prueba genética post mortem (580) y la competencia (581), todas normas del Proyecto⁶⁸.

4.1.1. Acciones de filiación: los caracteres y el art. 576 ProyCCivyCom

El derecho a reclamar o a impugnar la filiación como la establece el art. 576, no se extingue por prescripción o renuncia expresa o tácita, advirtiendo la norma que los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

El art 576 reconoce como fuente el art. 251 del CCiv. vigente reiterándolo exactamente – salvo el cambio de una preposición -.

Las acciones de estado son imprescriptibles, porque participan de los caracteres del estado de familia, el cual, por su parte, es por sí mismo imprescriptible.

El carácter imprescriptible de las acciones de filiación no impide que ellas se sujeten - en ciertos casos - a plazos de caducidad⁶⁹.

En los plazos de caducidad de las acciones de filiación se acentúa más “el interés social por la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas”⁷⁰.

El efecto del cumplimiento del término de caducidad es la extinción de la acción de filiación de que se trate, la que ya no podrá ser entablada.

Al igual que el estado de familia, las acciones de filiación son irrenunciables, no admitiéndose ni la renuncia expresa ni la renuncia tácita, ya que el ejercicio de ellas responde a intereses de orden publico⁷¹.

⁶⁶ Cfr.: Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T 2, 5ª edición actualizada y ampliada, Astrea; Bs. As. 2006., N° 942, p. 381 y ss.

⁶⁷ Sobre el concepto de estado de familia: Díaz de Guijarro, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, T.E.A, Bs. As., 1953, ps. 381 y ss.

⁶⁸ Cfr.: Basombrío, María del Rosario; Parada, Gabriela Alicia; Sleiman, Aldana M., *Daño moral y legitimación activa en acciones de filiación*, Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I ~ 2013-04-25 ~ B. J. c. M. C. A., RDF 2013-V-119.

⁶⁹ En el sistema del Código Civil vigente véanse los arts. 258 y 259.

⁷⁰ Belluscio, Augusto Cesar, *Derecho de Familia, Parte General. Matrimonio. T I*, Depalma, Bs. As., 1979, p. 110.

⁷¹ Proyecto de Código Civil y Comercial. El art. 12 dice: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”. Por su parte, el art. 944 del proyecto estatuye que “Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio”. en el Código Civil

Otro problema diferente - que también resuelve expresamente el art. 576 - es el referido a la prescripción de los derechos patrimoniales que opera respecto de las personas que entablan acciones de filiación, logrando su objetivo en la determinación de su origen.

Los caracteres de las acciones de filiación, en principio, se reiteran en el art. 576 del proyecto, y aluden al derecho a reclamar la filiación o de impugnarla que no se extingue por prescripción, ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción (CCiv. art. 251).

En el Título VIII “Procesos de familia”, en el Capítulo que trata las acciones de estado de familia, se introduce el art. 712 que estatuye que las acciones son irrenunciables e imprescriptibles; el art. 713, por su parte atribuye a las acciones de estado de familia el carácter de inherencia personal y que no pueden ser ejercidas por vías de subrogación.

Por ello la norma del art. 576 Proy. debe ser leída conjuntamente con los arts. 712 y 713 aludidos, de modo de globalizar una mirada de los caracteres de las acciones de filiación, que son acciones de estado de familia⁷².

4.1.2. Inadmisibilidad de la demanda - 577 (TRHA)

En tanto la filiación por TRHA se estructura en el elemento volitivo, a diferencia de la filiación por naturaleza y de la filiación adoptiva, en la ley proyectada tiene un sistema que le es propio, disímil a las otras fuentes filiatorias⁷³.

Esta singularidad del elemento de la voluntad procreacional que viabiliza la filiación por TRHA y que reconoce su origen en un acto médico no puede ser impugnada sobre la base de “no ser” el progenitor o progenitora quienes han protagonizado la TRHA.

En todos los casos, sean las TRHA homólogas - con elementos genéticos aportados por la persona que expresa el elemento volitivo o voluntad procreacional - o heterólogas - los elementos genéticos no son aportados por la misma persona que expresa el elemento volitivo o voluntad procreacional -, la filiación se funda en el elemento volitivo, por lo que solo podrá impugnarse cuando no se ha consentido la técnica, es decir cuando no se ha expresado la voluntad procreacional. La persona nace por la decisión de que nazca, decisión que ha o han asumido quienes protagonizan la TRHA, siendo esa voluntad la causa del nacimiento: la filiación es el resultado de quien desea y quiere ser progenitor o progenitora, así lo expresa y así lo consiente.

El art. 577 del Proyecto, es en realidad la expresión de la filiación por TRHA, en tanto no admite que se impugne una filiación que no se anuda elemento biológico, sino elemento volitivo.

En síntesis, el art. 577 del Proyecto no admite la acción de impugnación de la filiación de los hijos nacidos por TRHA; y no admite el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamación del vínculo filial respecto del nacido.

vigente, rigen los arts. 21 – fuente del art. 12 del Proyecto – y el art. 872 – fuente del art. 944 del Proyecto

⁷² Véase para una opinión diferente: Azpiri, Jorge Osvaldo. La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial, ps. 374 y 375. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

⁷³ Cfr: Lamm, Eleonora, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil*, ps. 73 y ss. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

4.1.3. La acción de reclamación de filiación que controvierte una filiación establecida: art. 578

El art. 578 del Proyecto en análisis, ostenta justamente el título de “consecuencia de la regla general de doble vínculo filial”, principio que ya se ha establecido en el art. 558 in fine de este Proyecto.

Reconoce como antecedente el art. 252 CCiv. vigente⁷⁴.

Debe aclararse que la filiación en el presente puede caracterizarse porque el vínculo jurídico esté definido por dos progenitores varones, por dos progenitoras mujeres, o por un progenitor y una progenitora en el supuesto de unión heterosexual.

La norma impide reclamar una filiación sin ejercer previa o simultáneamente la acción de impugnación de la filiación ya establecida: no se permite reclamar la filiación que contrarié una ya fijada, sin que se ejerza la acción de impugnación del estado determinado.

Es que no pueden sumarse estados filiales que sean contrapuestos: para ejercer la acción de reclamación de la filiación, debe - previa o simultáneamente - interponerse con la de impugnación de la filiación establecida.

La acción de impugnación puede ser entablada de manera independiente, y una vez resuelta y triunfante, la acción de reclamación de la filiación podrá proceder.

La acción de impugnación de la filiación también puede acumularse procesalmente con la de reclamación de la filiación: obviamente que acumuladas deberán ser resultas por el juez en una misma sentencia.

Por consiguiente, si se persigue dejar sin efecto una filiación ya establecida, será obligatorio ejercer la pertinente acción de impugnación, para que pueda sustanciarse una acción de reclamación de filiación que “sumará” al menos un vínculo filial: nadie puede ostentar más de dos vínculos, en el sistema filiatorio proyectado.

4.1.4. La prueba genética: la regla procesal central del art. 579

La norma procesal clave en las acciones de filiación esta representada por el art. 579 del Proyecto.

Los avances de la medicina, en particular el perfeccionamiento de la genética, han obligado a revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación

El “Anteproyecto” manifiesta que se mantenga la jurisprudencia mayoritaria en el país, que ha interpretado razonablemente la ley 23.511 (Banco Nacional de Datos Genéticos y compl.) ampliando la literalidad de sus expresiones, lo que se debate por algún sector de opinión que sostiene que la jurisprudencia mayoritaria se pronuncia en otro sentido al del Proyecto⁷⁵.

El art. 579 del Proyecto contiene tres párrafos relacionados con la prueba, que consignamos seguidamente.

En el primer párrafo se consagra el principio de amplitud probatoria – todas a pruebas incluidas las genéticas- .

En el segundo párrafo se prevé la imposibilidad de realizar la prueba genética a alguna de las partes, postulando una solución al indicar que ella puede efectuarse con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado.

En el tercer párrafo se instituye los efectos de la negativa a someterse a la prueba genética – indicio grave -, sin ninguna de las alternativas preindicadas fuere posible.

⁷⁴ Art. 252 CCiv. Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última.

⁷⁵ "Fundamentos", Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 493 y ss.

4.1.4.a. Admisión de toda clase de pruebas

El Proyecto reitera el principio general amplio de admisión de toda clase de pruebas en el juicio de filiación: todas las pruebas pueden ser ofrecidas y admitidas por el tribunal cuando se intenta una acción de filiación.

Este principio de amplitud probatoria sobre los hechos en que se funda la controversia de la filiación reconoce su antecedente en el art. 253 CCiv⁷⁶.

La lectura del art. 579 del Proyecto permite inferir: a) en las acciones de filiación cabe recibir toda clase de pruebas; b) se aceptan las pruebas genéticas; c) las pruebas genéticas se ordenarán por decisión del juez - a instancia de los litigantes o de oficio - ó ante el pedido de la parte.

El art. 579, primera parte, es una norma procesal, que regula la materia probatoria en el juicio de filiación - todas las pruebas - , y aun el procedimiento a observar con respecto a la prueba genética - de oficio o a petición de parte-.

Se mantiene en la filiación por naturaleza la jerarquía y privilegio de la prueba genética, facultando al juez para impulsarla sin que las partes las requieran en cualquier etapa del proceso.

4.1.4.b. Prueba genética de los parientes hasta el segundo grado

Ante la imposibilidad de realizar la prueba genética, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes hasta el 2º grado, debiendo priorizarse a los más próximos (art. 579, segundo párrafo).

El Proyecto avanza sobre el Código Civil, en tanto la dificultad de llevar a cabo la prueba genética a alguna de las partes, la prueba puede realizarse con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos.

La solución es correcta en tanto hasta el segundo grado el parentesco por naturaleza funda un resultado idóneo y preciso en la prueba genética, arribando a un índice de compatibilidad genética certero - o más certero -.

En los “Fundamentos”, y con claridad se prevé el siguiente régimen, que combina los arts. 579 y 580 del Proyecto sobre la prueba genética⁷⁷:

- a) si el presunto padre vive, pero se opondrá, esa negativa funciona como un indicio grave (art 579, tercer párr.);
- b) si el presunto padre vive, pero resulta imposible producir la prueba (por ejemplo, está rebelde, no se lo puede encontrar) la prueba puede realizarse sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado (art 579, segundo párr.);
- c) si el presunto padre no vive, puede practicarse sobre material genético de los padres del demandado (art 580, primer párr.);
- d) si los padres del demandado se oponen o no existen, se puede autorizar la exhumación del cadáver (art 580, segundo párr.).

En las hipótesis c) y d) preanotadas, el juez podrá optar según las circunstancias del caso entre efectuar la prueba genética sobre el material de los dos progenitores naturales del presunto padre fallecido, o autorizar la exhumación del cadáver del presunto padre.

⁷⁶ Art. 253 CCiv. “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”. Cabe destacar que el actual art. 253 CCiv. tuvo como antecedente el art. 325 del CCiv originario.

⁷⁷ "Fundamentos", Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 494.

4.1.4.c. Valoración de la negativa de someterse a la prueba genética

El tercer párrafo del art. 579 del Proyecto establece: “Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave, contrario a la posición del renuente”.

El tema de discusión está ceñido al art. 4 de la ley 23511 que dispone que “la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”⁷⁸.

a) Una visión interpreta de modo literal la regla mencionada en el art. 4 de la ley 23511, concluyendo que la negativa a someterse a la prueba biológica en el juicio filiatorio constituye un indicio grave contrario a la posición sostenida por el renuente.

b) Otra perspectiva estima que la actitud renuente debe interpretarse como una presunción, que produce la inversión de la carga de la prueba, por lo que la negativa a someterse a la prueba biológica sería un hecho determinante hasta que el demandado no logre la prueba contraria⁷⁹.

El Proyecto de Código ha decidido considerar “a la postura reticente o negativa a llevar a cabo la prueba genética como un indicio grave contrario a la posición del renuente, sobre la base -como se aclara en los fundamentos del Proyecto- de que es ésta la postura mayoritaria en nuestra jurisprudencia”⁸⁰.

Por nuestra parte, ya veníamos sosteniendo que en el diseño institucional determinado por nuestra Carta Magna corresponde al Congreso, como potestad exclusiva, la instrumentación y reglamentación del plexo de derechos y deberes que la Constitución reconoce, tanto a los particulares como al Estado.

La nueva formulación legislativa a los supuestos de impugnación y/o reclamación de filiación, debe ser dirimente el examen sobre la prueba genética, como prueba en el proceso; y, en segundo lugar, obligatoria su realización como deber derivado del derecho del grupo social al conocimiento de la verdad histórica.

Más claro aún: la prueba genética debe ser dirimente en todo juicio de filiación por naturaleza⁸¹, y las personas estarán obligadas a someterse a ellas, por lo que el juez podrá y deberá ordenar el sometimiento a tales pruebas⁸².

⁷⁸ Famá, María Victoria, La prueba genética en el Proyecto de Código, LL 25/09/2013, 25/09/2013, 1 – LL 25/09/2013, 1, Cita Online: AR/DOC/3337/2013.

⁷⁹ Cám Apel CivyCom Salta, Sala tercera, 09/06/2014, “P., S.; P., F. M. vs. D., J. M. - Filiación”, *eldial.express*, 30 de Junio de 2014, Año XVI - N° 4026, <http://www.eldial.com/>

⁸⁰ Cfr: Famá, María Victoria, La prueba genética en el Proyecto de Código, LL 25/09/2013, 25/09/2013, 1 – LL 25/09/2013, 1; Cita Online: AR/DOC/3337/2013.

⁸¹ En Costa Rica, la Ley 8101/2001. Ley de Paternidad Responsable. Esta ley 8101 cambia la política pública en cuanto a la investigación de la paternidad, aprobada el 16 abril de 2001; tiene como principal objetivo facilitar la investigación de la paternidad, y la declaración de tal, evitando los tediosos procesos. El pilar de la nueva normativa es la certeza del ADN y la obligatoriedad de la realización y sometimiento a la misma.

En Perú: la Ley 28457/2004, que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. La nueva ley – que entra en vigencia en el 2005 - establece un nuevo mecanismo de reconocimiento, llamado “provocado”, ya que la celeridad y los efectos que produce la negativa del padre a someterse a la prueba biológica llevan a la declaración de la paternidad sin más trámite.

⁸² La negativa de someterse a las pruebas biológicas, recibe un trato análogo al reclamado, en otros países, próximos a la Argentina, como son los Estados Partes del MERCOSUR, si bien con una tendencia a reputarla como presunción, es decir como prueba presuncional. Así el Código de la Niñez y Adolescencia, de Paraguay, en el art. 184 titulado “De la Prueba Pericial de Sangre” norma que “La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas o equivalentes serán consideradas preferencialmente. En caso de renuencia a someterse a la misma, la oposición deberá considerarse como presunción de paternidad o maternidad. El Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo”. En el

Una normativa que jerarquice⁸³ las mandas constitucionales sería de plena validez y constituiría una respuesta eficaz que, ponderando los derechos particulares con los de la comunidad toda, lograra hacer prevalecer aquel derecho que en este particular conflicto tiene preponderancia: la verdad biológica como punto central de la sentencia judicial, en la filiación por naturaleza.

Por eso entendemos que el Proyecto debió regular la negativa a someterse a la prueba genética como una presunción, es decir invirtiendo a carga de la prueba, y la sola negativa determinando la filiación por naturaleza mientras el demandado no la desvirtúe por otra prueba.

La mera negativa del demandado de someterse a la realización de la prueba genética como prueba única rendida en autos, se entiende que adquiere “un valor suficiente para hacer lugar a la demanda de filiación, y así castigar la conducta del renuente. De lo contrario, si no se hiciera lugar a la acción, el demandado se hallaría en una posición más ventajosa ante la carencia probatoria”⁸⁴.

La valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas será un motivo de debate hacia el futuro, en tanto que la igualdad de efectos filiatorios en la filiación por naturaleza no puede desconocer la mayor dificultad de los hijos extramatrimoniales a la hora de la determinación de la filiación.

En este punto, si no se consagra un efecto relevante probatorio a la negativa de someterse a la prueba genética, no se obtiene un resultado igualitario para todos los hijos por naturaleza⁸⁵.

En síntesis entendemos que el art. 579 in fine, ProyCCivCom debió consagrar como una presunción la negativa a someterse a las pruebas genéticas, es decir debió configurarse una presunción no un indicio grave contra la posición del renuente.

4.1.5. La prueba genética post mortem

El art. 579 del ProyCCivCom atinente a la prueba en las acciones de filiación, se completa con el art. 580 que admite expresamente la prueba genética post mortem, novedosamente.

En caso de fallecimiento del presunto padre, se viabilizan en la perspectiva del juez dos caminos probatorios, en orden a la prueba genética que es relevante en toda acción de filiación por naturaleza:

a. Primera opción.

La prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales del presunto padre fallecido.

b. Segunda opción

Uruguay, el Código del Niño, estatuye la negativa a someterse a las pruebas biológicas, como una presunción simple contra el renuente, es decir contra quien se negare a colaborar en el diligenciamiento de la prueba ordenada, sin causa justificada. Por su parte, en el C.C. de Brasil establece el principio general más avanzado en la materia, determinando en los arts. 231 y 232 C.C., lo siguiente: “Art. 231: Aquel que se niega a someterse al examen médico, necesario no podrá aprovecharse de su negativa”. Y “Art. 232. La negativa para la pericia médica ordenada por el juez puede proporcionar la prueba que pensó obtener con el examen”.

⁸³ Cfr: Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo. La filiación “presuntiva” y la filiación “verdadera”: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas, ps. 111 y ss. En: Revista de Derecho de Familia. Marzo/abril 2007, N° 36. Dirección: Cecilia P. Grosman. Lexis Nexis. Bs. As. 2007.

⁸⁴ Cfr: Famá, María Victoria, La prueba genética en el Proyecto de Código, LL 25/09/2013, 25/09/2013, 1 – LL 25/09/2013, 1; Cita Online: AR/DOC/3337/2013.

⁸⁵ Cfr: Famá, María Victoria, La prueba genética en el Proyecto de Código, LL 25/09/2013, 25/09/2013, 1 – LL 25/09/2013, 1; Cita Online: AR/DOC/3337/2013.

Ante la negativa o imposibilidad de uno los dos progenitores naturales del presunto padre fallecido, puede autorizarse la exhumación del cadáver del padre demandado y muerto.

Es importante destacar que el juez pueda optar entre estas dos posibilidades, según las circunstancias del caso: ordenar la prueba genética sobre los dos progenitores naturales del presunto padre fallecido o autorizar la exhumación del cadáver del padre fallecido.

Contemplar la prueba genética post mortem es cualitativamente un avance en la legislación argentina, ya que la solución del art. 580 del Proyecto, responde al dilema entre derecho a la identidad y la alegada preservación de la intimidad, la memoria y el honor y protección de los restos mortales.

Estimamos de gran valor como aporte al sistema de acciones filiatorias, la composición del art. 580 ProjCCivCom., en tanto se adjudica a los jueces una facultad relevante de opción por el camino probatorio: realizar el examen sobre los progenitores del padre alegado ó sobre los restos cadavéricos, según las circunstancias del caso.

4.1.6. Competencia (581)

La propuesta del art. 581 del Proyecto contempla la competencia ante la hipótesis de acciones de filiaciones ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida.

La acción de filiación ejercida por personas menores de edad o con capacidad restringida, origina una competencia especial: es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el juez del domicilio del demandado, a elección del actor.

Esta solución ya estaba consagrada en la jurisprudencia⁸⁶.

De esta manera se consagran y conjugan armoniosamente dos derechos fundamentales de las personas menores de edad o de las personas vulnerables: el derecho a la identidad, favorecer el emplazamiento filiatorio inmediato; y el acceso a la justicia: el justiciable puede obtener en tiempo razonable una decisión judicial.

La competencia, en este campo, conjuga constitucionalmente en el sistema de acciones filiatorias los derechos fundamentales de los niños y de las personas vulnerables.

4.2. Las acciones de reclamación de filiación

En el Capítulo 7 (arts. 582 a 587), nominado “Acciones de reclamación de filiación”, se estatuye sobre los siguientes temas: la acción de reclamación de la filiación matrimonial y la acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial (582); la reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad (583); la posesión de estado (584); la convivencia (585); los alimentos provisorios (586); y la reparación del daño causado (587)⁸⁷.

4.2.1. Acción de reclamación de la filiación matrimonial y acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial (582)

⁸⁶ Véase CNacCiv., sala F, 04.02.1999, “A., P. E. v. N., S. N.”, LL 2000-A-400.

⁸⁷ Puede verse: Alessi, Martín B., Las acciones de filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil y Comercial, ps. 233 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Aída Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras, Noviembre 2012, N° 57, Bioética y Derecho de Familia II, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

El art. 582 del Proyecto como en su precedente – art.254 CCiv. – regula en la misma norma la acción de reclamación de la filiación matrimonial y la acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial.

En general reitera las líneas del derecho vigente en esta acción, introduciendo una reforma importante en el plazo de caducidad de la acción interpuesta por los herederos – de dos a un año -; y el hijo puede entablar la acción en todo tiempo.

El art. 582 expresamente declara la improcedencia de la acción de reclamación de la filiación en las TRHA, cuando haya mediando el consentimiento a que ya hemos aludido reiteradamente (art. 560 del Proyecto).

4.2.1.a. Acción de la reclamación de la filiación matrimonial

En el ámbito extrajudicial, la filiación matrimonial se determina y se prueba con la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y la partida de matrimonio de los progenitores; y también por la sentencia firme que la declara (art. 569 del Proyecto).

El objetivo de la acción de reclamación de la filiación matrimonial es emplazar al hijo en el estado de familia que le corresponde y que no surge de las inscripciones registrales a que hemos aludido, es decir, de la partida de nacimiento y de apartada de matrimonio.

La carencia del título de estado por parte del hijo hace necesario recurrir a la vía judicial: nos ubicamos en el inc. b del art. 569 en las formas de determinación y prueba de la filiación matrimonial, y en el camino de obtener la sentencia respectiva.

En síntesis, tratamos la acción de reclamación de la filiación matrimonial como está planteada por la ley, esto es, como una acción independiente de la acción de impugnación de la filiación. Si la acción de reclamación deviene procedente a posteriori de una acción de impugnación de la filiación - que necesariamente deba entablarla – lo será siempre en los términos del art. 582 del Proyecto.

4.2.1.a.1. Legitimación activa

El Proyecto reitera quienes pueden entablar la acción de reclamación de la filiación: los hijos y sus herederos, y como veremos están legitimados los progenitores a pesar del silencio legal⁸⁸. Tratamos los supuestos por separado.

El hijo

Los hijos pueden entablar la acción de reclamación de la filiación matrimonial.

Los primeros interesados en establecer la filiación matrimonial son los hijos, quienes pueden reclamarla en todo tiempo.

La acción de reclamación de la filiación es imprescriptible como todas las acciones de filiación – art. 576 del Proyecto – y en el caso del hijo, al no fijarse plazo de caducidad para su ejercicio podrá entablarla en todo tiempo: siendo menor de edad o siendo mayor de edad sin límite alguno.

Si el hijo es menor de edad, habrá que tener en cuenta – además del tena de la competencia prevista en el art. 581 Proy. -. las previsiones del art. 26 del Proyecto en tanto puede ejercer sus derechos a través de sus representantes legales, previéndose que si tienen edad y grado de madurez suficiente podrán por sí ejercer los actos que le son

⁸⁸ Puede verse, desde una visión del derecho cubano: Montejo Rivero, Jetzabel M., Las acciones de filiación y su ejercicio por el menor progenitor: ¿quimera o necesidad?, ps. 205 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras; Aída Kemelmajer de Carlucci; Herrera, Marisa, Septiembre 2013, N° 61, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.

permitidos por el ordenamiento jurídico. Debe recordarse que se anuncian reglas relativas a la representación en juicio del hijo, en el Título VII de la “Responsabilidad parental” (arts. 677 y ss.), y a la par que el hijo podrá intervenir en un proceso de manera autónoma con asistencia letrada cobrando relevancia la figura del abogado del niño.

Los herederos del hijo

Si el hijo muere sus herederos pueden entablar o proseguir la acción de reclamación de la filiación matrimonial, en las condiciones previstas por el art. 582.

Conviene deslindar las hipótesis en que los herederos pueden continuar o entablar la acción de reclamación de la filiación matrimonial del hijo muerto.

De la redacción de la norma debe inferirse lo siguiente:

a) los herederos pueden siempre continuar la acción ya entablada por el hijo en vida, sea que este muera en la menor edad, o siendo incapaz, o en la mayor edad.

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

b) Los herederos pueden iniciar la acción de la reclamación de la filiación matrimonial del hijo en los siguientes supuestos:

b.1) si el hijo muere siendo menor de edad

b.2) si el hijo muere siendo persona incapaz

b.3) si el hijo muere antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayoría de edad, por todo el tiempo que falte para completar el plazo de un año.

b.4.) si el hijo muere antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la plena capacidad, por todo el tiempo que falte para completar el plazo de un año.

b.5) si el hijo muere durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, por todo el tiempo que falte para completar el plazo de un año.

En los tres últimos supuestos – b.3.); b.4) y b.5) – los herederos pueden entablar la acción ex novo, si el hijo fallece en las condiciones mencionadas precedentemente, por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos: se trata entonces, de un plazo de caducidad que impone la ley para la acción de reclamación de la filiación ejercida por los herederos del hijo.

El plazo de caducidad en los supuestos b.3) y b.4), a de computarse desde el día en que el hijo alcanza la mayor edad o la plena capacidad, y en el supuesto b.5), dicho plazo se computará desde el día en que se conocieron las pruebas en que se fundaría la demanda de filiación,

La acción caduca de pleno derecho para los herederos solamente si el hijo fallecido siendo mayor de edad y capaz, y además, habiendo transcurrido un año desde que se conocieron las pruebas en que se fundaría la demanda de reclamación de la filiación matrimonial.

Es decir, que la muerte del hijo dentro del año siguiente a la mayor edad o a la adquisición de la plena capacidad, no producen por sí sola la caducidad de la acción para los herederos. Es imprescindible, además, para que opere la caducidad de pleno derecho, que se ignoren al momento de la muerte de hijo las pruebas en que se hubiera fundado la demanda de filiación.

De ello se desprende que si al fallecer el hijo mayor y capaz, aun no se han conocido las pruebas en que hayan de fundarse la demanda de reclamación de la filiación, no corre el plazo de caducidad de la acción de los herederos: éstos podrán entablarla durante el primer año siguiente, a contar de la fecha del descubrimiento de aquellas.

Este art. 582 Proy. legitima a los herederos sin calificación alguna. Por tanto, cabe entender que la legitimación corresponde a los herederos legítimos y a los instituidos por testamento.

Los padres del hijo

Aunque la ley no lo diga expresamente, entendemos que los progenitores del hijo están legitimados para reclamar la filiación matrimonial.

Evidentemente que esta hipótesis es poco frecuente.

En la práctica se legitimarán activamente los progenitores del hijo, cuando previa o simultáneamente, hayan deducido una acción de la filiación establecida.

El ejemplo clásico de la sustitución del hijo: pueden accionar los progenitores contra la filiación establecida y luego reclamar el vínculo jurídico correcto para el hijo y correlativamente para ellos.

El alto e innegable interés jurídico de los progenitores no puede ser desconocido, aunque la letra de la norma los haya omitido en la legitimación activa.

Quedan comprendidos, entonces, los progenitores en calidad de actores de la acción prevista en el art. 582 del Proyecto.

4.2.1.a.2. Legitimación pasiva

La acción de la reclamación de la filiación matrimonial debe ser entablada contra ambos padres, es decir contra el padre y contra la madre en el matrimonio heterosexual, en el marco de la filiación por naturaleza. La ley es absolutamente clara en este punto: la acción “debe entablarse” contra los cónyuges conjuntamente, a fin de que la sentencia que de fin al juicio de reclamación haga cosa juzgada con respecto a los dos progenitores. Recordemos, que la filiación matrimonial es indivisible.

En el supuesto de que haya fallecido uno o ambos cónyuges, la acción deberá entablarse contra los herederos de los progenitores fallecidos.

En definitiva, la acción de reclamación de la filiación matrimonial se entablará contra los cónyuges conjuntamente, y en caso de muerte de uno o ambos, contra los herederos de los progenitores (art. 582, 3er. párr., Proyecto).

Cabe apuntar que al entablarse la demanda contra ambos cónyuges conjuntamente, se configura un litisconsorcio pasivo necesario.

4.2.1.a.3. La prueba

La filiación matrimonial debe ser acreditada in totum.

Entendemos que las pautas a tener en cuenta para la producción de la prueba son las siguientes:

- a) el nacimiento del hijo de la madre contra la que se reclama la filiación (arg. art. 565 Proy.)
- b) el matrimonio de los padres contra los cuales se acciona (arg. art. 566 Proy.)
- c) el nacimiento del hijo dentro del matrimonio de los padres (arg. art. 566 Proy.)
- d) en caso de controvertirse los nexos biológicos, por vía de reconvención – entre otras-, las pruebas deben tender a acreditar que el hijo lo es de ambos cónyuges contra los cuales se reclama la filiación.

4.2.1.b. Acción de la reclamación de la filiación extramatrimonial

En el mismo art. 582 la ley regula la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En la filiación por naturaleza puede ocurrir que la maternidad no esté determinada o que hallándose ya atribuida, la paternidad no se haya fijado.

Por consiguiente los hijos extramatrimoniales pueden reclamar su filiación contra quienes consideren sus progenitores. Tal circunstancia autoriza a demandarlos conjuntamente en el supuesto de no estar determinada ni la maternidad ni el otro polo filiatorio.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción puede dirigirse contra sus herederos, habiéndose ya derogado los límites que exigían circunstancias restrictivas del derecho de la identidad de las personas⁸⁹.

Todo lo expresado en el tema de la legitimación activa y pasiva de la acción de reclamación de la filiación matrimonial se aplica a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, remitiendo a lo expuesto sobre el particular, en el punto anterior.

Resta afirmar que le Ministerio Público quedará legitimado para demandar la filiación extramatrimonial, en el supuesto del art. 583 del Proyecto.

4.2.1.b.1. Legitimación activa

Se reitera el esquema de legitimados activos ya expuesto en la acción de reclamación de la filiación matrimonial, a lo que remitimos.

Están legitimados entonces, los hijos, los herederos del hijo, los padres (a pesar del silencio de la ley), y el Ministerio Público contemplado en el art. 583 del Proyecto.

4.2.1.b.2. Legitimación pasiva

Se reitera el esquema de legitimados pasivos ya expuesto en la acción de reclamación de la filiación matrimonial, a lo que remitimos, con la aclaración de que la filiación extramatrimonial es divisible.

Por este carácter divisible de la filiación extramatrimonial, la acción de reclamación de la misma, puede dirigirse contra uno solo de los progenitores.

Es decir, que la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, se dirigirá contra el presunto progenitor o progenitores, o en caso de muerte de alguno de ellos, contra los herederos del progenitor o progenitores.

4.2.2. Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad (583)

En los “Fundamentos” se expresa que “en consonancia con el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial inmediatamente o lo antes posible, se regula la obligación del registro civil de comunicar al Ministerio Público esta situación para que éste procure el reconocimiento de manera extrajudicial...”⁹⁰.

El art. 583 del Proyecto frente a las inscripciones de nacimiento en las que solo está determinada la filiación materna compromete al Registro Civil a comunicar al Ministerio Público tal circunstancia.

Pueden distinguirse en la norma, dos niveles ligados a estos supuestos de filiación solo materna:

a) El Registro Civil

En una primera instancia el jefe u oficial del Registro, cita a la madre y la informa sobre los derechos del niño, así como de los deberes maternos, a cuyo fin se dictarán previsiones en la ley especial.

Cumplida esta acción, recién el Registro debe efectuar la comunicación al Ministerio Público, remitiéndole las actuaciones.

⁸⁹ Véase el derogado art. 325 del originario Código Civil; o el derogado art. 3 de la ley 14367.

⁹⁰ "Fundamentos", Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 494.

b) El Ministerio Público

Al recepcionar las actuaciones en los supuestos de filiación sólo materna, procedentes del Registro, el Ministerio Público procurará la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

A estos fines se destacan dos obligaciones del Ministerio Público: instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre; y requerir a la madre toda información pertinente para encontrar al padre.

Esta declaración sobre la identidad del presunto padre, la efectuará la madre bajo juramento, y el Ministerio Público le comunicará a ella las consecuencias que ocurrirían de efectuarse falsas manifestaciones.

El art. 255 del CCiv. vigente alude desde el año 1985 a los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido y la obligación del Registro Civil de efectuar la comunicación al Ministerio Público.

Esta norma está destinada a los hijos extramatrimoniales cuyos padres no los han reconocido y cuya maternidad está legalmente establecida.

4.2.2.a. El Estado interesado en la determinación de la filiación

Al introducir el art. 255 CCiv. la ley 23264, mostró a las claras que la filiación es una cuestión que interesa al Estado y a toda la sociedad.

En la filiación extramatrimonial, no operando presunciones análogas a las de la filiación matrimonial se hacía necesario esbozar una norma que facilitara la fijación de la paternidad fuera del matrimonio ya que la maternidad se establece por la ley⁹¹.

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas frente a supuestos de inscripciones de nacimientos que no tengan fijada la paternidad deberá convocar a la madre para informarle los derechos de que es titular el niño, así como de sus deberes maternos. Una vez satisfecha esta actuación, remite todas las actuaciones al Ministerio Público, quien es el que deberá promover la acción judicial de reclamación de la filiación pertinente.

Se trata de facilitar la determinación de la paternidad extramatrimonial, es decir generar caminos que hagan posible la igualdad de las filiaciones que la ley establece. En este punto el Proyecto refuerza claramente las funciones tanto del Registro Civil como el del Ministerio Público⁹², adecuándose al actual art. 12 del Decreto 415 del año 2006, que reglamenta la ley 26061.

⁹¹ Se puede ver el origen de la norma, en el informe de la Dra. Cecilia Gossman, "Diario de Sesiones del Senado", 1984, p. 2294.

⁹² Decreto 415/2006. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.061, Bs. As., 17/4/2006, B.O.: 18.04.2006, núm.: 30887, pág.:1. Art 12. En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil.

Si al momento de efectuarse los controles prenatales o de ingreso al centro de salud se detectare que la madre y/o el padre del niño por nacer carecen de documentos de identidad, el agente que tome conocimiento deberá informar a los organismos competentes a fin de garantizar el acceso a la tramitación y expedición de la documentación requerida de acuerdo a la normativa vigente. Si la indocumentación de los padres continuara al momento del parto, se consignará nombre, apellido, fecha de nacimiento,

Entre el derecho a la libertad de intimidad de la madre valorado frente al derecho del hijo al emplazamiento filial, el Proyecto se inclina claramente por privilegiar los derechos del niño, siendo obligatoria la comparecencia de la madre ante el Ministerio público, lo que ya sostenía desde hace varios años la doctrina argentina⁹³.

4.2.2.b. El Ministerio Público

Pueden señalarse como verdaderos aportes del ProyCivCom en la materia, en relación al sistema vigente en el CCiv., que el artículo en examen (583), alude a la obligación de citar a la madre. Dice la norma: “a estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización...”, lo que conforma una novedad en relación al art. 255 CCiv. vigente.

Esta actuación del Ministerio Público en el art. 583 aludido, evidencia la obligatoriedad del organismo de instar la acción judicial, que es la vía posible para efectivizar los derechos en juego; a la par no luce ya la exigencia de la conformidad de la madre para iniciar la acción –que sí luce en el art. 255 CCiv.

Así, la obligatoriedad de instar el proceso judicial, evidencia la actividad clara del Ministerio Público en esta materia filiatoria, que desborda el campo previsto, ingresando en la órbita de la representación jurídica de los niños, lo que debe destacarse evidentemente.

4.2.3. Posesión de estado (584)

El art. 584 del Proyecto reitera la solución del art. 256 CCiv.

El vigente art. 256 del CCiv. estatuye que: “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”.

Por su parte, el art. 584 Proy. reitera esta evaluación de la posesión de estado en términos análogos, mejorando la técnica legislativa: “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”.

4.2.4. Convivencia (585)

El art. 585 ProyCCivCom, estatuye que “La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada”.

La norma proyectada, reconoce como antecedente, el art. 257 CCiv, y configura un avance cualitativo sobre esta última.

Por una parte, la ley se desentiende de la expresión “concubinato”, francamente peyorativa, y en desacuerdo con los valores implícitos en el principio de no discriminación.

Alude a la convivencia de la madre, lo que no distingue en que marco ni configuración afectiva o familiar, se ha generado ese vínculo.

domicilio, edad, huellas dactilares y nacionalidad de los mismos, en el certificado de Constatación de Parto que expida la unidad sanitaria pertinente.

En relación con la identificación de los niños recién nacidos se estará a lo dispuesto por la Ley N° 24.540 y su modificatoria Ley N° 24.884.

Se propiciará la localización de oficinas del Registro Civil en todas las maternidades y establecimientos que atienden nacimientos.

⁹³ Grosman, Cecilia; Arianna, Carlos A. “Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil”, J.A., 1992-II-692.

Entendemos que la norma no alude a las uniones convivenciales, previstas en el art. 509 y ss. ProyCCivCom, ya que en materia filiatoria se trata de impulsar normas que puedan buscar soluciones para la determinación de la filiación, principio que campea en toda la materia proyectada.

4.2.5. Alimentos provisorios (586)

El art. 586 ProyCCivCom, admite fijar alimentos provisorios durante el trámite del proceso de reclamación de la filiación ó incluso antes del inicio de este trámite.

En el derecho vigente no se encuentra contemplada esta posibilidad (CCiv), pero la jurisprudencia fue admitiendo tal fijación⁹⁴, de manera decidida⁹⁵.

Es que, debe garantizarse a través de específicas normas, el derecho a todos los niños a recibir el derecho alimentario, concreto, especialmente en el caso de los hijos extramatrimoniales, que no pueden verse obligados a esperar la sentencia de filiación, para acceder a un derecho humano fundamental, como son los alimentos.

En los “Fundamentos” del Anteproyecto, se reconocen los aportes de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia que, en total consonancia con el derecho humano a la dignidad y a la calidad de vida, admiten fijar alimentos provisorios durante el trámite del proceso de reclamación de la filiación o incluso antes del inicio de este trámite tal como se lo regula en el Título sobre responsabilidad parental en materia de alimentos provisorios a los hijos no reconocidos⁹⁶.

Los alimentos provisorios pueden requerirse, entonces, en dos etapas: a) durante el trámite del proceso de reclamación de la filiación; ó b) incluso antes del inicio de este trámite – tomándose por la ley medidas para evitar o impedir algún abuso en el reclamo, como se lee en el art. 664 Proy- .

El art. 586 ProyCCivCom inserto en el título de la filiación, que autoriza los alimentos en el juicio o antes del juicio de reclamación de la filiación, de leerse complementariamente con los arts. 664 y 665 ProyCCivCom incluidos en el título de la Responsabilidad Parental.

Por una parte, el art. 664 regula el derecho a alimentos provisorios del hijo no reconocido con la acreditación sumaria del vínculo, previéndose que la demanda de alimentos puede iniciarse antes que la demanda de filiación, pero imponiendo al juez que debe determinar en la primera sentencia de alimentos, un plazo para el inicio de la acción de filiación, bajo el apercibimiento allí previsto.

Desde otra perspectiva, el art. 665 ProyCCivCom, se regulan los alimentos a favor de la mujer embarazada contra el progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación que se invoca.

4.2.6. Reparación del daño causado (587)

⁹⁴ Véase, entre otros pronunciamientos: CCiv, sala M, 30/6/1997, "S. v. M.", JA 1999-II-454; CNCiv, sala I, 7/9/2004, "Q., M. B. y otro v. K., J. J.", LL del 28/2/2005, p. 6; C. Apel. Concordia, sala Civ. y Com. 3ª, 30/9/2003, "V., C. C. v. D., J. P.", LLL, agosto de 2004, p. 710; CNCiv, sala K, 3/2/2003, "C. T., M. D. v. S., A.", LL 2003-D-266; CNCiv., sala I, 7/9/2004, "Q., M. B. y otro v. K., J. J.", LL 2005-B-215; C. Civ. Com. y Lab. Rafaela, 22/2/2007, "I., N. V. v. A., M. D.", JA 2007-III-62; C. Civ., Com. y Minería San Juan, sala 1ª, 18/4/2008, "V., E. R. v. G., A. R.", LL Gran Cuyo 2008 (setiembre), p. 803.

⁹⁵ Cfr.: Famá, María V., *La filiación por naturaleza en el Anteproyecto de Código Civil*, ps. 57 y ss. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs. As.

⁹⁶ "Fundamentos", Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/11, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 494.

El art. 587 ProjCCivyCom recepta expresamente, la doctrina y jurisprudencia nacional consolidada que considera que la falta de reconocimiento genera un daño jurídicamente reparable⁹⁷.

El daño causado al hijo por la ausencia de reconocimiento, es reparable, siempre que se den los requisitos previstos en el Cap.1 - Responsabilidad civil (1708 y ss.), del Libro Tercero de este Proyecto- Derechos Personales, 724-, Título V - Otras fuentes de las obligaciones, 1708-, clara remisión en la materia a las normas sobre responsabilidad civil⁹⁸.

Esta admisión del daño reparable, admite todas las vías de reparación, en amplitud: el daño moral, el daño material, entre otros⁹⁹.

4.3. Acciones de impugnación de la filiación

En el Capítulo 8, titulado “Acciones de impugnación de filiación” (arts. 588 a 593), se regulan: la acción de impugnación de la maternidad (588); la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley (589 y 590); la acción de negación de la filiación presumida por la ley (591); la acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley (592); y la acción de impugnación del reconocimiento (593).

Una mirada general, permite afirmar que el Proyecto mantiene las acciones de impugnación regulados en el CCiv vigente (arts. 258 á 263 CCiv), readecuando el sistema al derecho constitucional emergente de los Tratados Internacionales de derechos humanos, recibiendo toda la doctrina y jurisprudencia elaborada sobre esta área, mejorando la técnica legislativa, y generando algunas reformas importantes en el sistema específico.

Cada una de las acciones de impugnación, es regulada en un solo artículo. La única excepción es la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, que se desdobra en dos artículos (589 y 590).

Y el orden lógico de regulación en el proyecto, sigue el orden con el que se abordó la determinación de la filiación: primero la maternidad, luego la presunción de filiación, etc. – art. 565 y ss. Proy - . Obsérvese que en el CCiv vigente, el orden normativo de regulación, privilegia la filiación matrimonial, cuyas acciones postula en primer término (arts. 258 y 259 CCiv), y finaliza con la impugnación del reconocimiento (art. 263 CCiv), como en un “orden descendente” y en un claro privilegio que ostenta la primera de las reguladas.

Este método tampoco es casual: se intenta que la igualdad que se estatuye de las filiaciones, así como su abordaje legislativo, responda a un sentido claro de esa igualdad.

La nominación de cada acción, cuando fue necesario, se expresa con una técnica mejorada, se modifica si es necesario: así, la acción de impugnación de paternidad matrimonial (arts. 258 y 259 CCiv), se nombra acción de impugnación de la filiación presumida por la ley; y la vigente acción de negación de la paternidad matrimonial (art. 260 CCiv), pasa a llamarse acción de negación de la filiación presumida por la ley (art.

⁹⁷ Véase con provecho: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", en Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. (Dir.), "Derecho de daños", 1ª parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996, p. 678.

⁹⁸ Cfr.: Krasnow, Adriana N, Padre extramatrimonial que no asume la responsabilidad parental. Deber de reparar el daño moral causado al hijo por ausencia de reconocimiento, LLBA 2009 (febrero), 25.

⁹⁹ Cfr.: Garmizo, Michelle L., *Un fallo ejemplar: reparación integral del daño causado por la omisión de reconocimiento del hijo*. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K ~ 2013-06-14 ~ O. E., M. y otro c. P., A. O., RDF 2014-I-43.

591 Proy.), en atención a la extensión de la presunción de filiación entre los cónyuges de mismo sexo.

En las acciones de impugnación de la filiación por naturaleza las nuevas ideas – como reformas destacables – se concentran en tres parámetros: a) la legitimación activa; b) los plazos de caducidad y su cómputo; c) la unificación de todas las acciones en orden a la legitimación activa y a los plazos de caducidad.

En los “Fundamentos” del Anteproyecto se apunta que se sigue la postura amplia abriendo la legitimación a toda persona con “interés legítimo”. También modifica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad (desde que el presunto progenitor supo o pudo saber que no lo era).

Esta unificación en orden a la legitimación activa y los plazos de caducidad para todas las acciones de impugnación, resulta un salto cualitativo, en tanto no existen razones sólidas para que reciban un tratamiento diferente, las acciones de impugnación de la maternidad y/ o de la paternidad – en el CCiv vigente, diferentes –.

La apertura de la legitimación activa en la impugnación de la filiación presumida por la ley – art. 259 CCiv vigente-, impugnación de la paternidad-, responde a la exigencia de la doctrina y la jurisprudencia, que han formulado serios pronunciamientos declarando inconstitucional la norma aludida, por restringir tal legitimación al hijo, y al padre matrimonial.

La legitimación activa, en todas las acciones, se concede: al hijo, al o a la cónyuge, a la madre, y a todo tercero que invoque un interés legítimo.

Respecto al hijo, como en el sistema vigente del CCiv, la acción no caduca, pudiendo ejercerla en todo momento; para los demás legitimados, la acción caduca en el plazo de un año.

El cómputo del plazo de un año para la caducidad, es diferente al CCiv: se cuenta desde la inscripción del nacimiento o el acto de reconocimiento, en su caso, o desde que se tuvo conocimiento de que el niño – o hijo – podría no ser hijo de quien ha quedado determinado como progenitor.

El emplazamiento puede haber acaecido por el parto o por la presunción legal de filiación o por el propio reconocimiento, según los casos.

Por esta vía, se supera la restricción existente en el sistema del CCiv vigente¹⁰⁰, al no poder ejercitar la acción sino se conoce la falta de coincidencia de la filiación biológica con la filiación legal¹⁰¹.

Así, se unifica el plazo de dos años en “un año” para todas las acciones de filiación, en consonancia con el reiterado principio de igualdad – o que exista sólo la menor

¹⁰⁰ En la acción de impugnación del reconocimiento – art. 263 CCiv –, se computa el plazo de caducidad desde el día de haberse conocido el acto del reconocimiento. El art. 263 dice: “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 tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento”.

¹⁰¹ El vigente art. 259 CCiv, establece en que el plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, caduca en un año, contado desde la inscripción del nacimiento o a falta de conocimiento del parto, se computa un año desde que día en que lo conoció. El art. 259 estatuye: “La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

diferencia posible, reservada para los supuestos fácticos que sean necesarios fundados en razones objetivas- entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

4.3.1. Filiación por TRHA

En todos los supuestos, si se trata de la filiación derivada de las TRHA, las acciones de impugnación no pueden ser ejercitadas, como se postula en el art. 577 CC, y luego se reitera en cada acción regulada., siempre cuando ha mediado el consentimiento previo, libre e informado, que el propio Proyecto estructura.

Pero además de esta norma genérica del art. 577 proyectado, se ha regulado prolijamente la repetición de esa regla, en cada una de las acciones de impugnación de la filiación, como vemos seguidamente.

La filiación derivada de las TRHA reconoce su origen en el consentimiento previo, libre e informado (art. 560 Proy) con independencia del dato genético: la filiación no se anuda a la existencia o no de dadores de gametos. La filiación es tal, por TRHA, por ese consentimiento libre e informado, que ha dado lugar a la configuración de la voluntad procreacional.

Así, por ejemplo, si la madre manifestó su consentimiento en los términos del art. 560, ha quedado determinada su maternidad que se funda en esa voluntad.

En tal caso, en la acción de impugnación de la maternidad, no se puede impugnar alegando la falta de vínculo biológico o genético porque la filiación quedó determinada por ese consentimiento ya prestado, y la consecuente voluntad procreacional; además, por haber sido consentida, tampoco se podrá impugnar alegando la falta de voluntad – si se enmarca el tema dentro de la teoría de los actos propios para quién consintió el acto-.

En las acciones de impugnación de la filiación, no quedan comprendidos los supuestos de filiación por TRHA, donde se han cumplido los requisitos de su conformación.

4.3.2. Acción de impugnación de la maternidad (588)

La impugnación de la maternidad regulada en el art. 588 ProyCCivCom - hoy arts. 261 y 262 CCiv-, comprende tanto la maternidad matrimonial cuanto la maternidad extramatrimonial.

La pretensión en uno y otro caso es destruir la determinación de la maternidad que ha operado por atribución legal, según el art. 565 ProyCCivCom¹⁰².

La impugnación de la maternidad, puede acaecer por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.

Es acertada la eliminación de distinciones entre los supuestos de suposición de parto y sustitución e incertidumbre acerca de la identidad del hijo para admitir la legitimación de la madre en la impugnación de la maternidad (hoy, art. 262 CCiv.)

El proyecto de reforma de 1998¹⁰³ dispone en el art. 562 en orden a la impugnación de la maternidad, que “La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción puede ser entablada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer inscripta como madre puede ejercer la acción cuando alega suposición de parto o sustitución del nacido, si ella fue ajena a esos hechos, o cuando invoca incertidumbre sobre la identidad del nacido”.

¹⁰² Cfr.: Famá, María Victoria, *El resurgimiento de la figura de la posesión de estado en una acción de impugnación de la maternidad matrimonial*, APBA 2011-9-1016.

¹⁰³ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio. Reformas 1998. Abeledo Perrot. Bs.As. 1999.

Puede inferirse que este Proyecto de 1998 legitima a la mujer a impugnar su maternidad si ella no participó de la situación o acto que trajo aparejado la confusión o error en el vínculo jurídico-biológico.

En el ProyectoCCivCom en análisis, no se estatuye este requisito para el supuesto de legitimación activa de la madre, en tanto en el campo filial, otros son los intereses en juego, como consignamos más abajo y lo hemos expuesto antes.

4.3.2.a.Legitimación activa

El Proyecto indica ahora ampliamente – sin distinción de supuestos respecto a la legitimación activa- quienes pueden entablar la acción de impugnación de la maternidad: el hijo, la madre, el o la cónyuge, y todo tercero que invoque un interés legítimo.

Todos los legitimados activos están en una sola norma, y en un pie de igualdad, sin distinción de supuestos.

Solo se diferencia la caducidad que no opera respecto al hijo.

4.3.2.b.Plazos de caducidad

Como ya señalamos, el plazo de caducidad es de un año para todos los legitimados, a excepción del hijo.

Este plazo de caducidad de un año se computa desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo.

El hijo tiene siempre acción: “el hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo”, reza la norma.

Si bien la norma recibe críticas de la doctrina¹⁰⁴, debe destacarse que la permanencia de la acción en el hijo – para quien no hay caducidad -, la solución responde a la preeminencia de derechos fundamentales, entre otros el de identidad, así como la crítica destinada a la legitimación activa de la madre, a quien no se le impone ninguna limitación para poder iniciar la acción, ha sido una solución que incluso se ha propiciado desde la jurisprudencia - más allá de las secuelas o consecuencias que pueda conllevar esa acción en la madre -.

Se ha puesto de realce la falta de entidad de las conductas que permitirían “alegar la propia torpeza” en un campo donde prima el orden público y la realidad biológica como lo es en el filial. Como bien se sostuvo por la minoría en el resonado caso de la Corte Federal del 01/11/1999 –y avalado por varias voces doctrinarias- al analizar la constitucionalidad de la falta de legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad de su marido que presume la ley tal como se derivaba del texto restrictivo que observaba el art. 259 CCiv, el que una persona –en este caso también la mujer- pueda alegar su propia torpeza puede tener incidencia en otro ámbito o conflicto jurídico como en ese caso lo es el divorcio culpable, sistema que deroga el régimen actual. Así, en el voto en disidencia de Petracchi y Bossert se afirma: “Que no es argumento válido para justificar la discriminación en que incurre el art. 259, sostener que resulta admisible la invocación de la mujer de su propia torpeza, ya que al impugnar la paternidad del marido reconoce que cometió adulterio. Sin perjuicio de recordar que, en determinados casos, el hijo pudo haber sido concebido antes del matrimonio, debe tenerse a la vista que el adulterio, como cualquier otra injuria, puede tener consecuencias en las relaciones personales de los cónyuges, incluida la posibilidad del divorcio, pero no puede enervar el derecho de la mujer a la no discriminación y el

¹⁰⁴ Cfr.: Azpiri, Jorge Osvaldo. La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial, ps. 363 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

derecho a la protección de la identidad del menor contemplado en el art. 8° de la Convención sobre Derechos del Niño”¹⁰⁵.

4.3.3. Acción de impugnación de la filiación presumida por la ley (589 y 590)

La acción de impugnación de la filiación presumida por la ley se trata en los artículos 589 y 590 del ProyCCivCom, en el capítulo de las acciones de impugnación de filiación.

El derecho proyectado tiene particularmente en cuenta el CCiv vigente, que ha merecido numerosas críticas y decisiones de la jurisprudencia que han declarado inconstitucionales las normas que regulan la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, prevista en los arts. 258 y 259 CCiv.

El proyecto debió considerar la legitimación activa – tan cuestionada en el presente, por su restricción – así como el plazo de caducidad de la acción – igualmente debatido¹⁰⁶.

Esta acción de impugnación de la filiación presumida por ley queda abierta al campo tanto de la filiación matrimonial heterosexual como homosexual, aun cuando en la práctica cotidiana se mostrarán más casos en la filiación matrimonial de un niño nacido en una pareja integrada por dos personas de diferente sexo.

Cabe destacar, como se adelantó al comentar el art. 582, que el ProyCCivCom introdujo varias reformas en materia de acciones de filiación, en todas las acciones.

4.3.3.a. La norma de la hipótesis de impugnación de la filiación presumida por la ley – 589 -

El art. 589 ProyCCivCom. debe leerse globalmente junto al art. 566 ProyCCivCom, que regula la determinación de la filiación matrimonial.

Como puede observarse no se alude ya en la norma, a la impugnación de la paternidad matrimonial ni a sus presunciones, sino coherentemente con el principio de igualdad se alude de manera general, a la presunción de filiación matrimonial¹⁰⁷.

Las condiciones de procedencia de la acción son las siguientes.

- a) Puede impugnarse el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio ó dentro de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio de nulidad, de la separación de hecho o de la muerte de alguno de los cónyuges
- b) Debe invocarse que el cónyuge no puede ser el progenitor, o que la filiación presumida por ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés superior del niño.
- c) La acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, se dirige a desvirtuar la determinación legal que se deriva de la presunción de filiación del o de la cónyuge derivada del matrimonio que prevé el mencionado art. 566 Proy.
- d) En materia probatoria – como en el precedente del art. 258 CCiv-, se puede valer de todo medio de prueba, no siendo suficiente la sola declaración de quien dio a luz. Ello se explica ya que en materia de filiación, está comprometido el orden público, debiendo

¹⁰⁵ Considerando 12, CS, 01/11/1999, D. de P. V., A. c. O., C. H; LL, 1999-F, 671 y LL, 2000-B, 24, con nota de Germán J. Bidart Campos y nota de Andrés Gil Domínguez; DJ 2000-1, 54; ED 185, 455; Travieso, Juan Antonio (director), Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos humanos y garantías, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 236 y ss, con nota de Verónica Spaventa.

¹⁰⁶ Famá, María Victoria, “Desplazamiento filial en el Proyecto de Código”, Revista La Ley, 26/02/2013, p. 1 y ss.

¹⁰⁷ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio. Reformas 1998. Abeledo Perrot. Bs.As. 1999. El art. 563 se titula de manera general “Impugnación de la paternidad matrimonial” y regula la acción en examen, que se completa con el art. 565.

excluir la ley toda posible componenda de quien dio a luz con su cónyuge, cualquiera sea el objetivo de esa eventual trama.

No cabe duda que la acción será planteada, en el marco de matrimonios conformados por personas de diferente sexo.

Queda claro que los matrimonios de personas del mismo sexo, deben recurrir a las TRHA, para ser progenitores, que quedan reguladas por las normas específicas, excluyéndose la aplicación de las acciones de impugnación del Capítulo 8 (arts. 588 á 593).

Sin embargo, puede llegar a plantearse que una mujer casada mantenga relaciones sexuales con un hombre o haya utilizado lo que corrientemente se llaman técnicas caseras – no medicalizadas -, y quede embarazada: se aplicará la normativa en estudio, si el tercero desea impugnar el vínculo filial que se presume a favor de la cónyuge de la madre, persiguiendo su propio emplazamiento.

4.3.3.a.1. Presunción de filiación no mantenida por pruebas o el interés del niño

Hemos apuntado en esta acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, que debe invocarse que el cónyuge no puede ser el progenitor, o que la filiación presumida por ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño.

Alude de manera directa al interés superior del niño como una variable en el mérito de la prueba: hacer lugar o rechazar la acción de impugnación de la filiación presumida por ley, también se conecta con el interés del niño. Cierta sector de la doctrina, debate ya esta introducción de la clausula que referimos ¹⁰⁸

Es por esta razón, que puede sostenerse que el art. 589 Proy presente el interés superior del niño como parámetro, para admitir o para resistir la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley.

Esta novedosa norma proyectada, en la acción de impugnación de la filiación presumida por ley, hace pie en el concepto y desarrollo mismo de la identidad de la persona humana, como derecho fundamental

En cada supuesto, habrá que establecer si el interés del niño exige una u otra solución. Piénsese por ejemplo, en el matrimonio de dos mujeres, una de las cuales tiene un hijo con un tercero varón: el juez puede admitir o rechazar la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley – a favor de la esposa de quien dio a luz -.

No serán supuestos mayoritarios, habituales, corrientes, masivos, serán sin duda supuestos más excepcionales, que deben ser contemplados por el legislador del futuro.

4.3.3.b. La norma de impugnación de la filiación presumida por la ley: legitimación y caducidad – art. 590 Proy -

Cabe señalar el sistema del CCiv vigente, por la rotación del paradigma, particularmente en esta acción de impugnación de la filiación presumida por la ley – en el CCiv, impugnación de la paternidad matrimonial –.

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

¹⁰⁸ Véase: Mizrahi, Mauricio Luis, “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”, Revista Derecho de Familia y Persona, julio de 2012, La Ley, Buenos Aires, p. 127 y ss.

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

El art. 258 se completa con el art. 259 CCiv, que dice: “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun 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. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda”.

El art. 590 ProyCCivyCom, prevé la legitimación y la caducidad de la acción de impugnación de la filiación presumida pro la ley.

Dos son los temas centrales que aborda la reforma: los legitimados activamente para iniciar la acción, y cómo opera la caducidad.

4.3.3.b.1.Legitimación activa

En el debate actual sobre la legitimación activa en el marco de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 258 CCiv, pueden inferirse diferentes posiciones, que sucintamente aluden a la posible legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial son: 1) amplia, en tanto faculta esa legitimación al presunto padre biológico y también a la madre- ninguno de los dos comprendidos expresamente en la norma -; b) restrictiva, en tanto se atiene a la legitimación activa como se preceptúa en el art. 259; y c) “ecléctica”, porque amplía o restringe la legitimación, atendiendo a la plataforma fáctica a de cada caso¹⁰⁹.

El proyecto recibe la posición más amplia¹¹⁰, que también fue admitiéndose por la jurisprudencia argentina¹¹¹.

Esta relevante reforma propuesta, alude a la ampliación o flexibilización en la legitimación activa: a) personas que antes no estaban legitimadas -como la madre y el presunto padre biológico-, ahora sí lo están; y b) la legitimación tiene un nivel de apertura amplio, legitimando novedosamente a todo tercero que invoque un interés legítimo.

Cabe poner de relieve que no es “peligroso” tal apertura al tercero con interés legítimo¹¹², en tanto este tercero debe probar o le pesa la carga de probar el interés legítimo que invoca, y por otro lado, debe distinguirse la legitimación de ese “tercero”

¹⁰⁹ Nos remitimos para relevar las distintas posiciones enunciadas, al voto fundado y profundo de Kemelmajer de Carlucci, Aida, en el fallo de la SC. Mendoza, Sala I, 12/05/2005, “L.C.F. por la menor A. M. G. c. A. C. A.G.P.A.C.”, LL-Gran Cuyo2006 –marzo-240.

¹¹⁰ Cfr.: Chechile, Ana María, “La falta de posesión de estado como hecho relevante para acceder a la impugnación de la paternidad matrimonial (¿y por qué no extramatrimonial?). El equilibrio entre la identidad estática y dinámica”, Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), La familia en el nuevo derecho, Libro II, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santa Fe, 2009, p. 53.

¹¹¹ Véase, como ejemplo: Trib., Fam., nro. 5 de Rosario, 11/04/2011, “G., J. C. c. I., C. N. y otros s/impugnación de paternidad – filiación”, La Ley on line AR/JUR/48343/2011.

¹¹² Véase desde la psicología, con alto provecho: Bleichmar, Silvia, *La identidad como construcción*, p. 34. En: Homoparentalidades. Nuevas familias, Lugar editorial, Compiladoras: Eva, Rotenberg; Beatriz, Agrest Wainer, Bs. As., 2007.

con al eventual decisión de la sentencia, que podrá o no recibir la acción impugnación en estudio entablada.

Siempre la legitimación ampliada, es una apertura de la ley o del sistema¹¹³, en torno al vínculo filial, de política legislativa, que recorre el camino de no postergar en ninguna medida los derechos en juego y la jurisprudencia deberá evaluar que derechos están comprometidos o en tensión, para resolver la procedencia de uno u otro, recordando la faz estática como dinámica de la identidad personal¹¹⁴.

Están legitimados activamente para interponer la acción de impugnación de filiación presumida pro la ley: a) el hijo; b) el o a la cónyuge; c) la madre; d) todo tercero que invoque un interés legítimo; y e) los herederos del legitimado activo.

4.3.3.b.2. Plazos de caducidad

Se introducen innovaciones en este tema tan irritante en las confrontaciones doctrinarias.

Por una parte, el plazo de caducidad de todas las acciones, se fija en un año.

Por otro lado, el plazo comienza a contarse desde la inscripción del nacimiento – como en el CCiv- o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podía no ser hijo de quien la ley lo presume, lo que comporta una verdadera novedad.

Se reitera que el hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo: la acción no caduca. Y en este campo, se entiende que es constitucionalmente válido que las acciones de filiación no caduquen para algunos legitimados (el hijo) y sí para otros¹¹⁵.

Esta postura la hemos sostenido anteriormente, centrados en la perspectiva constitucional, entendiendo que “como regla general, establecer plazos caducidad para interponer las acciones filiación no es una sana técnica de reglamentación de los derechos constitucionales. Estos plazos de caducidad de las acciones de filiación impiden, limitan, restringen y cercenan la determinación de la verdadera filiación, y por ende, desdibujan y alejan los contenidos sustanciales de aquellos derechos personalísimos –entre ellos la identidad personal- que derivan de la filiación¹¹⁶.

El art. 590 ProyCCivCom despliega una mirada constitucionalmente válida y armoniosa con los derechos en juego.

Las modificaciones y/o innovaciones en materia de caducidad pueden sintetizarse del siguiente modo, que expresan en gran medida el principio de igualdad de las filiaciones:

a) La caducidad rige para todos los legitimados activos – exceptuado el hijo-, previstos en el art. 590 - el o a la cónyuge; la madre; todo tercero que invoque un interés legítimo; y los herederos del legitimado activo.

¹¹³ Cfr.: Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, T II, Universidad, Bs. As., 2008, ps. 115 y ss.

¹¹⁴ Cfr.: Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación (a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odievre v. France”)*. En: Summa de Familia. Doctrina - Legislación – Jurisprudencia -,T III, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012; Lloveras, Nora, *El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatorio en las prácticas de procreación asistida*, ps. 677 y ss. En: *El derecho de Familia en Latinoamérica*. Vol. 1, Los Derechos Humanos en las relaciones familiares, Directoras: Nora Lloveras; Marisa Herrera; Coordinadores: Diego Benavides Santos; Ana María Picado, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010.

¹¹⁵ Véase: Notrica, Federico P., “La filiación y el derecho a la identidad en una sentencia ejemplar”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2012-II, ps. 99 y 100.

¹¹⁶ Cfr.: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 240.

- b) La acción de impugnación de la filiación presumida por la ley no caduca para el hijo.
- c) Los plazos de caducidad se sujetan todos a un año y para todas las acciones de filiación
- d) Varía el modo o desde cuando comienza a correr el plazo, reiterando el cómputo desde la inscripción del nacimiento y se innova en la nueva perspectiva: desde que se tomó conocimiento de que se puede no ser el progenitor biológico.

Desde el Proyecto que admite una concepción amplia en la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, se suprime la exigencia del art. 258 CCiv - acreditación previa de la verosimilitud de los hechos en que se funda la demanda-¹¹⁷.

Esta decisión del proyecto de eliminar un requisito previo de acreditación de la probabilidad de los hechos que se invocan en la demanda, obedece sin duda al respeto al acceso a la justicia y a la remoción de obstáculos procesales para el ejercicio de los derechos¹¹⁸.

4.3.4. Acción de negación de la filiación presumida por la ley (591)

Como hemos aludido, en cada norma se insiste en la fórmula de inaplicabilidad de la acción de negación de filiación presumida por la ley – en este caso-, a los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

El art. 591 del Proyecto, reconoce como precedente el art. 260 CCiv. que regula dentro del sistema actual, la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial y, ahora se nomina acción de negación de la filiación presumida por la ley.

Es que el texto mantiene la regulación de la acción del art. 260 CCiv., pero introduce las modificaciones para adecuar el régimen filiatorio al principio de igualdad y no discriminación que consolidó la ley 26.618.

La acción del art. 591 se aplica para los casos de paternidad presumidas por la ley, y también en sentido general, de presunciones filiales presumidas por ley, se trate de un hombre o una mujer, cónyuge de la persona que dio a luz¹¹⁹.

La acción de negación de filiación presumida por la ley, es más extensa al comprender todos los supuestos de presunción de filiación del cónyuge de quien da a luz un niño, sea en el marco de un matrimonio conformado por dos personas de diverso o de igual sexo.

¹¹⁷ Famá, María V., *La filiación por naturaleza en el Anteproyecto de Código Civil*, ps. 67. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

¹¹⁸ Cfr.: Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación. *Comentario analítico de la Ley 23264*, Depalma, Bs. As., 1986. p. 128. Hemos referido que se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda impuesto por la ley sustantivo, al estilo de una medida cautelar, que sino se cumple, hará procedente el rechazo in limine de la acción.

¹¹⁹ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio. Reformas 1998. Abeledo Perrot. Bs.As. 1999. El art. 566 se refiere a la “Negación de la paternidad matrimonial” y estatuye que: “El marido puede negar judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta (180) días de la celebración del matrimonio. Si se prueba que tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo del casamiento o si, después del nacimiento, consintió en que fuera inscripto con su apellido o se comportó como padre del hijo, la negación de la paternidad debe ser desestimada, quedando a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el artículo 563. La acción de negación de la paternidad caduca al año de la inscripción del nacimiento, o de haber sabido el marido del parto, si prueba que lo desconocía”.

En lo esencial, se niega judicialmente por el o la cónyuge de la mujer que da a luz, el vínculo filial del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a celebrado el matrimonio: al producirse el alumbramiento dentro de esos 180 días siguientes a las nupcias, evidentemente la concepción del acido ha acaecido fuera del matrimonio. Recuérdese que el plazo mínimo del embarazo es de 180 días, excluyendo el día del nacimiento (art. 20 Proyecto).

De ello se infiere que, por aplicación del principio previsto en el art. 566 referido a la determinación de la filiación matrimonial presumida por ley, el cónyuge de quien da a luz se lo tiene por progenitor del niño nacido, el Código Civil vigente (art. 260) le otorga relevancia a esta diferencia fáctica en la que se produce la concepción y nacimiento a los fines de regular las acciones de impugnación.

Se trata de la acción que cumple los siguientes requisitos: a) negar judicialmente el vínculo filial; b) del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración de matrimonio; y c) son supuestos que impiden el ejercicio de la acción que el o la cónyuge haya tenido conocimiento del embarazo de la mujer al tiempo de las nupcias o que haya existido posesión de estado del hijo.

Se ha suprimido en el Proyecto como supuesto impeditivo de la acción, que el progenitor hubiera consentido que se le diera su apellido al hijo en la partida de nacimiento, como está previsto en el art. 260 CCiv.

En la hipótesis de los niños nacidos en el matrimonio pero cuyo nacimiento se produjo dentro de los 180 días posteriores a su celebración, el cónyuge presumido progenitor por ley puede incoar la acción de negación del vínculo filial determinado en virtud de lo dispuesto en el art. 566.

Se debe acreditar la falta de nexo biológico. A pesar de que la prueba se realice, la acción de negación de filiación presumida por la ley, no puede triunfar, si se acreditan las circunstancias que refiere la norma: que el o la cónyuge de quien da a luz (progenitor por presunción legal) tenía conocimiento del embarazo de la mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o la existencia de posesión de estado de hijo.

En todos los casos, nada obstaculiza a que se inicie la acción de impugnación de la filiación presumida pro la ley prevista en los arts. 589 y 590 ProyCCivyCom.

El plazo de caducidad es de un año, innovando el Proyecto en el inicio del cómputo de dicho plazo: el plazo comienza a correr desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. Esta última hipótesis, constituye una de las reformas relevantes en el Código Civil en materia de caducidad en todo el régimen de la acciones de filiación.

4.3.4.a. Las innovaciones en la acción de negación de filiación presumida por la ley

Esencialmente, las reformas, reflejan la recepción también en esta acción de negación, de los principios de igualdad y no discriminación.

Al haberse extendido la presunción de filiación (art. 566) a todos los matrimonios, sean heterosexuales u homosexuales, las acciones de impugnación de esa filiación presumida también debe alcanzar a los vínculos originados por los cónyuges de quienes dan a luz, sean parejas de diverso o de igual sexo.

Esta acción de simple negación, en la práctica cotidiana es excepcional, y lo seguirá siendo, y habitualmente refiere a matrimonios integrados por personas de diverso sexo.

No puede descartarse, aun así, la posibilidad de que en un matrimonio de personas del mismo sexo, el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, como sería el supuesto en que la mujer que da a luz ha mantenido relaciones con un hombre antes del matrimonio y ha contraído nupcias con

una mujer; o cuando se ha llevado a cabo una práctica “doméstica” inyectándose material genético de un hombre antes de contraer matrimonio, y luego contraídas las nupcias con una mujer, nace un hijo dentro de los ciento ochenta días.

Los interesados pueden legitimarse activamente poniendo en debate la presunción legal de filiación matrimonial (art. 566), a través de la acción de simple negación de dicha presunción, tanto para los matrimonios entre personas de diferente sexo como del mismo sexo.

El cómputo del plazo de caducidad, que hemos ya referido, es una innovación que se extiende a todo el sistema de acciones de filiación, y opera también en esta prevista en el art. 591 ProyCivyCom

También se ha mejorado la técnica legislativa y se han aclarado algunos elementos en esta acción negatoria, en orden a los supuestos de desestimación de la acción de negación.

En cambio el art. 591 en análisis, no reitera en el campo de la desestimación de la acción de negación, el reconocimiento, sino que indica como posibilidades las siguientes: a) si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio; y b) cuando hubo posesión de estado de hijo.

Tampoco el art. 591 ProyCCivyCom, no insiste en sea impeditivo de la acción de negación de la filiación presumida por la ley, el haber dado el apellido en la partida de nacimiento al hijo, ya que en tanto tal supuesto refiere a la posesión de estado de hijo que se ha generado entre el que atribuye el apellido y el hijo a quien se le adjudica, generando justamente esa posesión de estado, en el sentido más claro.

4.3.5. Acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley (592)

Esta acción preventiva tiende a desconocer como hijo antes del nacimiento a la persona por nacer.

Así, la inscripción del nacimiento que se realice luego del nacimiento del hijo, no hace jugar la presunción de filiación matrimonial del art. 566 ProyCCivyCom, si se admite la demanda.

El sistema vigente, estatuye en el art. 258 in fine, CCiv la acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial.

Dice tal norma: “...Aun 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. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda”.

A diferencia de esa regla, el art. 592 proyectado estatuye la impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley, que “Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida”.

Como se ha ya señalado, en cada acción se reitera la fórmula de inaplicabilidad de la acción de impugnación – en este caso preventiva de la filiación presumida por la ley -, a los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Esta acción alude a la impugnación de la filiación de la persona por nacer, en tanto su ejercicio se despliega antes del nacimiento del hijo¹²⁰.

Si bien no es corriente su ejercicio – desde al año 1985 en que se introdujo formalmente al texto legal – es correcto mantener su inserción dentro de las acciones de impugnación de la filiación matrimonial, presumida por la ley. El art. 258 CCiv, en su parte pertinente, regula esta acción preventiva¹²¹.

La acción preventiva persigue imposibilitar que el niño que nace dentro de un matrimonio sea inscripto como hijo de quien ha celebrado nupcias con la mujer que dio a luz.

Es que, por imperio del art. 566 ProyCivCom, la filiación de los hijos nacidos dentro de un matrimonio, se presume en el cónyuge de quien dio a luz.

La sentencia que admite o rechaza la acción de impugnación preventiva de la filiación matrimonial, puede recaer antes o después del nacimiento. Por esta vía, la presunción del art. 566 ProyCCivCom no opera, hasta que exista sentencia firme en uno u otro sentido.

En consecuencia, entablada la acción y pendiente el juicio al momento del nacimiento, no operará la presunción de filiación, hasta que se dicte la sentencia del caso.

Se mantiene en el art. 592 ProyCCivCom, en general, el art. 258 CCiv, en esta acción preventiva, imposibilitando que se determine la filiación a favor del cónyuge de quien da a luz, si se sabe que no lo une un lazo biológico con el niño.

Si bien el campo de aplicación de esta acción es restringido en la realidad, ello no obsta a valorar la solución propuesta por el legislador, admitiéndola en los casos que fuere menester y en las condiciones previstas por la norma.

Lo singular de la acción preventiva, es que no hay filiación establecida al tiempo de interponer la pretensión impugnatoria, a diferencia de las restantes acciones filiatorias de impugnación.

El texto unifica los plazos de caducidad de todas las acciones en un año, exceptuados los hijos para quienes no luce caducidad alguna.

Se introducen algunas modificaciones en el art. 592 ProyCCivCom.

4.3.5.a. Las innovaciones en la acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley

Desde la visión general, como en las demás acciones de impugnación de la presunción de filiación matrimonial, no se utiliza la voz “paternidad del marido de la madre”, sino que se legitima y alude a todo cónyuge, se trate de un matrimonio de diverso o igual sexo.

Ya hemos consignado como es posible que esta acción pueda ser ejercida, en matrimonios no solo heterosexuales, sino también en matrimonios del mismo sexo, cuando han acaecido algunas circunstancias que hemos anotado - la cónyuge de la mujer que da a luz y cuya esposa tuvo relaciones con un tercero, o se implementó una

¹²⁰ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio. Reformas 1998. Abeledo Perrot. Bs.As. 1999. El 564 del proyecto 1998 también la contempla. Expresa: “El marido o sus herederos pueden impugnar la paternidad del hijo por nacer. Admitida la impugnación, la inscripción del nacimiento no hace presumir la paternidad del marido de la madre”.

¹²¹ Art. 258 CCiv. “... Aun 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”.

técnica “doméstica” para la implantación de material genético masculino y quedó embarazada la esposa, entre otras-.

La legitimación activa se confiere: a) el o la cónyuge; b) la madre; c) cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

Como puede observarse, en relación al art. 258 CCiv, la legitimación activa se ve ampliada en el art. 592 ProyCivCom, a cualquier tercero que tenga un interés legítimo o que invoque tal interés.

El efecto perseguido en la acción, es que la inscripción del nacimiento posterior no haga presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz, si la acción es acogida.

En este punto técnicamente se elige en el art. 592 ProyCCivCom, una expresión clara que es que tal acogimiento de la demanda no hace presumir la filiación del cónyuge – en el CCiv vigente, se estatuye en el art. 258 que la inscripción no hace presumir la paternidad del marido de la madre “sino en caso de que la acción fuese rechazada”.

4.3.6. Acción de impugnación del reconocimiento (593)

La norma del art. 593 del ProyCCivCom, regula la impugnación del reconocimiento, que reconoce como antecedente el art. 263 CCiv¹²².

Dice el art. 593, bajo el título, impugnación del reconocimiento: “El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo”¹²³.

También fue propuesta en el Proyecto de 1998, en el sistema de acciones ¹²⁴

Hemos referido, que en cada norma se reitera la fórmula de inaplicabilidad de la acción de impugnación – en este caso de impugnación del reconocimiento -, a los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

La acción de impugnación del reconocimiento en el CCiv vigente, ha sido motivo de debates y declaraciones de inconstitucionalidad, preocupantes.

El proyecto CCivCom, en el art. 593, sopesa todas estas ideas, tratando de equilibrar el sistema de acciones filiatorias, con el principio de igualdad, que debe existir en la filiación, cualquiera sea su fuente

En síntesis en las acciones de filiación, debe verse totalmente reflejada la “constitucionalización del derecho privado”, que trasluce el Proyecto en estudio.

¹²² El art. 263 CCiv, dice: “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 tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento”.

¹²³ Puede verse con provecho: Martínez Alcorta, Julio A., *Hacia un régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños derivados de la falta de reconocimiento filial*. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico ~ 2012-05-03 ~ S. v. M., RDF 2013-I-222.

¹²⁴ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio. Reformas 1998. Abeledo Perrot. Bs.As. 1999. El art. 568 dice: “El reconocimiento hecho por los padres de los hijos extramatrimoniales puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de los dos (2) años de haber conocido el acto de reconocimiento”.

4.3.6.a. Legitimación activa

La legitimación activa, en esta acción, se reitera amplia, equiparándose con este parámetro, las filiaciones: la impugnación del reconocimiento con la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley de los arts. 589 y 590).

Los legitimados activos en la acción de impugnación del reconocimiento son: a) el propio hijo; y b) los terceros que invoquen un interés legítimo.

Se ha omitido al propio reconociente como legitimado activo¹²⁵.

Se debate, entre otros temas, si el reconociente está legitimado para impugnar el reconocimiento que él mismo realizó. Algún sector entiende que no es un tercero con interés legítimo, y podría ejercer la acción de nulidad del reconocimiento, - no la de impugnación - si se trata de un error en la persona. El que reconoce no sabe o no puede saber que no es progenitor. Otros estiman que de igual modo que el reconociente está legitimado para impugnar tal acto jurídico, a título estricto de impugnación del reconocimiento, estimando que el padre reconociente tiene derecho a ejercer la legitimación activa de la acción de impugnación del reconocimiento ya que lo que importa es el esclarecimiento de la verdadera filiación de quien se trata.

No puede dejar de obviarse las hipótesis del mentado “reconocimiento complaciente” en que el que reconoce sabe que no es su hijo quien luce inscripto, y efectúa por otras razones de la más diversa índole, tal reconocimiento: esa persona no puede impugnar ni tampoco invocar nulidad del acto del reconocimiento.

El art. 592 ProyCCivCom, no cierra este debate, y en todo caso la acción de nulidad del acto jurídico del reconocimiento, deberá regirse por las normas específicas de la teoría de la nulidad de los actos jurídicos (arg. arts. 386 y ss., Libro Primero Parte General, Título IV Hechos y actos jurídicos, Capítulo 9 Ineficacia de los actos jurídicos – arts. 382 á 397-).

4.3.6.b. Plazos de caducidad

Al implantar reformas referidas al comienzo o desde cuándo empieza a correr, el plazo de caducidad, el art. 593 ProyCCivCom estatuye que el cómputo inicia desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible no ser el padre biológico, y esta solución sortea todo debate a propósito de la constitucionalidad del plazo de caducidad.

Es que en el art. 263 CCiv, el plazo de caducidad – aunque sea de dos años - comienza a correr desde haber conocido el acto de reconocimiento¹²⁶.

El art. 593 ProyCCivCom innova radicalmente al fijar que el plazo de caducidad de un año puede correr desde que se tuvo conocimiento de que el niño podía no ser el hijo.

El plazo de caducidad de un año previsto para la acción de impugnación del reconocimiento contempla respecto a los terceros con interés legítimo dos supuestos: a) un año de haber conocido el acto de reconocimiento; o b) o un año desde que se tuvo conocimiento de que el niño podía no ser el hijo.

¹²⁵ Cfr.: Murganti, Ana, *El efecto persuasivo del interés superior del niño (y su problemática relación con la legalidad) en un novedoso fallo que otorga legitimación al reconociente para impugnar el reconocimiento del hijo*. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores ~ 2012-10-18 ~ G., J. U. v. A., V., RDF 2013-II-91.

¹²⁶ Cfr.: Feierherd, María Julia, *El plazo de caducidad en el art. 263, CCiv., y el derecho a la identidad*. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B ~ S., R. N. v. M., M. R. y otro ~ 2011-10-26, RDF 212-III-33.

El hijo no tiene plazo de caducidad alguno, como en el sistema de acciones proyectado que reitera el sistema anterior.

5. Conclusiones

A modo de síntesis consignamos las conclusiones en la filiación por naturaleza que venimos de exponer.

a.El sistema filial

Los fines y fundamentos de la filiación está en plena coincidencia con la nueva conceptualización de las configuraciones familiares, sean matrimoniales, convivenciales o coyunturales.

b.La visión constitucional

El sistema recepta los principios constitucionales y de los TDDH, que hemos desarrollado más arriba.

c.Una nueva filiación

Regula una nueva causa fuente de filiación que se deriva de la aplicación de las TRHA.

d.Las TRHA y las acciones

No se admiten acciones de filiación en las TRHA cuando se manifiesta la voluntad procreacional mediante consentimiento y las demás exigencias previstas en la normativa.

e.Las pruebas en las acciones de filiación

Se revaloriza la prueba genética, aun cuando la previsión de efectos ante la negativa a someterse a ella, resulte debatible.

f.El doble vínculo filial: una opción

Se reafirma el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial, en una proyección histórica de las primeras décadas del S. XXI.

g.La legitimación activa en las acciones filiatorias

La regulación de las acciones de filiación presenta variantes importantes en cuanto a la legitimación activa que se observa ampliada, y los plazos de caducidad reformulados en varios aspectos.

h. El Proyecto de CCivyCom

Puede afirmarse que este orden propuesto reafirma el derecho a la identidad y a tener un doble vínculo filial

Se trata de diseñar una filiación acorde con la realidad de los tiempos que vivimos y las exigencias sociales actuales.