

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VERDAD BIOLÓGICA, DERECHO DE IDENTIDAD E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. 3. NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LEYES INTERNAS. 4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL MATRIMONIO. 5. ACCIONES DE NEGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL: REQUISITOS. 6. EXCEPCIONES. 7. TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN A LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO Y A SUS HEREDEROS PRESUNTIVOS. 8. FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. 9. PRESCRIPCIÓN. 9.1. EXCEPCIÓN. 10. ACCIÓN DE IMPUGNABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO: REQUISITOS. 11. CONCLUSIONES

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo *El derecho de los hijos a tener padres y ser reconocidos por éstos en la Constitución Nacional* tiene como objetivo enfocar la investigación de paternidad, regulada en el último párrafo del Art. 53 de la Constitución, desde la perspectiva de la investigación genética como eje fundamental para determinar la identidad real biológica del niño/a y adolescente, identidad que es reconocida como derecho en convenciones internacionales. La determinación de la identidad real, como derecho del niño, tiende a preservar la igualdad de los hijos ante la ley, como se consagra también en el último párrafo del artículo constitucional citado. La Carta Magna, Art. 54 in fine, extiende además su protección al declarar que los derechos del niño tienen carácter prevaleciente, en caso de conflicto¹.

Anteriormente la indagación judicial de la maternidad/paternidad, se basaba en la posibilidad de la prueba (como ejemplo tenemos el derecho francés), en el que la investigación de la maternidad se permitía aún a costa de un juicio escandaloso e inhumano, fundado en que la madre es siempre cierta, porque el hecho podía probarse, no así la

¹ Ante dos normas de rango constitucional, como la contenida en el Art. 33 (derecho a la intimidad) y el Art. 54 in fine, tiene prevalencia esta última norma citada; el derecho que se protege es el derecho del niño a la identidad biológica. Véase Acuerdo y Sentencia N° 1905 del 31 de diciembre de 2004.

paternidad, por lo cual dicha investigación estaba prohibida. Sin embargo, apuntaba el codificador Vélez Sarsfield, *en la naturaleza de las cosas la maternidad es cierta e indudable; pero no en el pleito*, el juez para decidir el caso debe recurrir a declaraciones de testigos, informe de sirvientes, pruebas comunes, pruebas iguales a las que pueden darse sobre paternidad². Como vemos el argumento de la dificultad de la prueba era contundente para la investigación, hoy día, la prueba ya no es un obstáculo para la investigación de la paternidad y la determinación de la identidad real, gracias a las pruebas científicas y entre ellas la pericial de ADN.

2. VERDAD BIOLÓGICA, DERECHO A LA IDENTIDAD E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La definición de la verdad biológica entendida como identificación de los progenitores es uno de los niveles del derecho a la identidad, que se manifiesta en el ser humano por el sentido de pertenencia, el anhelo de conocer quién es realmente, cuál es la verdad de su origen.

El derecho a la identidad abarca diversos aspectos de la vida y personalidad que pueden ser agrupados en dos fases: una faz estática (origen genético-biológico de la persona) y una faz dinámica configurada por el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial³. En este contexto la protección de la identidad biológica del niño/a puede ser analizada desde las siguientes perspectivas: a) desde el punto de vista de preservar el origen biológico del niño/a a los efectos de evitar falsas declaraciones de maternidad o de paternidad; y

² Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1966, p. 79.

³ María Virginia Bertoldo de Fourcade, *Investigación de la Paternidad*, Revista Argentina LA LEY, 1999-F1230.

b) el de la identidad personal en el que se encuadra el “valor” identidad con sus particularidades culturales, sociales, geográficas, al que otros tratadistas le agregan las religiosas.

La investigación de la paternidad como indagación judicial busca conocer y atribuir de manera indubitada la paternidad de una persona determinada, cuando ésta aparece incierta o desconocida. La investigación de la paternidad, tiene gran trascendencia en el orden de la vida privada y social, y se considera como un derecho del hijo.

Frente a la problemática de la investigación de la paternidad el Estado puede asumir tres posiciones: la de prohibición absoluta, criterio seguido por el Código de Napoleón; la de prohibición relativa, que la admite cuando existen hechos indudables que la prueban; y el de la libre investigación.

En el siglo XIX se instaura la discusión sobre si la investigación de la paternidad debía permitirse o no. Fruto de ella, los códigos de algunos países optaron o bien, por la prohibición absoluta⁴, la absoluta autorización para investigar o la autorización con restricciones⁵. Los partidarios de la prohibición absoluta fundan su posición, entre otros, en los pleitos inmorales, escandalosos y las perturbaciones que se producen en el seno de las familias, portando discordia y hasta desintegración de los hogares, y en que la paternidad, era en general, difícil de establecer.

⁴ Prohíben la indagación de la paternidad los Códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití, Hesse, Chile y el Proyecto de Goyena del Código Civil de España, Véase Código de Vélez Sarfsfield, art. 325.

⁵ La permiten Luisiana, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia y todos los códigos suizos. Véase Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarfsfield, Editor Víctor P de Zavala, Buenos Aires, Año 1966, Art. 325, pág. 78.

Contrariamente los que defienden la investigación de la paternidad, quieren evitar escándalos y fraudes, apelan al interés del hijo inocente de las culpas de los padres y sostienen que en la filiación existe un vínculo producido por la misma naturaleza, el cual debe ser reconocido por la ley positiva para que surta sus efectos jurídicos⁶.

El Código Civil francés de 1804 fue el primero en establecer una absoluta prohibición de investigar la paternidad, no obstante hacer distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, pues Napoleón no era partidario de que se permitiera en la legislación francesa la investigación de la paternidad natural; amparaba su actitud negativa en el principio romano “Pater is est quem nupcias deonstrant”, no hay padre jurídicamente donde no hay marido⁷.

El Código Napoleónico, tuvo gran influencia en varios países de Europa, y también en Hispanoamérica, con lo cual el establecimiento de la prohibición de investigar la paternidad conquistó espacios en varios códigos europeos y en la mayor parte de países hispanoamericanos. En estos últimos, sin embargo, las críticas formuladas contra la prohibición de investigar la paternidad natural, fue ganando terreno pues los autores consideraron innegable el derecho de un hijo a obtener la declaración de quién es su padre y la consiguiente obligación de que éste le brinde la protección necesaria para su subsistencia.

⁶ Idem.

⁷ Ramón Arévalo, *Reconocimiento de Hijos Naturales*, Tesis Doctoral, <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/059e37bd8145b29306256b3e00747bb2?OpenDocument>.

3. NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LEYES INTERNAS

Como ya lo adelantáramos, la identidad biológica y la investigación de la paternidad adquieren relevancia en nuestro ordenamiento jurídico con la disposición constitucional del artículo 53, cuyo último párrafo consagra *la igualdad de todos los hijos ante la ley, y que ésta posibilitará la investigación de la paternidad*. La disposición transcrita se asocia a la protección de la identidad biológica, desde la perspectiva de la preservación del origen biológico. En la investigación de la paternidad y el consecuente desplazamiento filial, deben ponderarse derechos consagrados constitucionalmente, como los derechos prevalecientes del niño, su desarrollo armónico e integral (Art. 54) y la protección integral de la familia (Art. 49).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su Art. 18, consagra el derecho al nombre, entendido como el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La Convención de los Derechos del Niño (Art. 7 y 8) expresan que todo niño/a tiene derecho a conocer a sus padres y a preservar su identidad, que incluye el nombre y las relaciones familiares⁸.

⁸ Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

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

Anteriormente, la legislación civil que regía, Código de Vélez, prohibía toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega (Art. 341). Por las leyes los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían padre ni madre ni parientes por parte de padre o madre (Art. 342), salvo que fueran reconocidos voluntariamente por sus padres (Art. 343). Con posterioridad la Ley N° 963/81, vigente hasta el año 2001, Código del Menor, autorizaba la investigación de la paternidad/maternidad ilegítima (extramatrimonial según el Art. 25) en una forma más amplia de la que hasta entonces estaba permitida admitiéndose todas las pruebas idóneas para probar los hechos.

Actualmente la legislación posibilita la investigación de la paternidad. El Código Civil de 1987 establece que los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. Asimismo el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680, 01/dic/2001), por un lado reconoce en forma expresa que el niño y el adolescente, sin distinciones, tienen derecho a promover ante la Justicia las investigaciones que sobres sus orígenes estimen necesarias (Art. 18 CNA).

Por otro lado el código regula además un procedimiento especial, para entablar la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de la filiación y consigna el carácter preferencial de la prueba de sangre de ADN u otras pruebas científicas (Art. 184 1ª parte), la presunción de paternidad o maternidad en caso de oposición a someterse a la misma (art. 184 2ª parte)⁹, y la obligación del Poder Judicial de arbitrar los

⁹ Véanse fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, como Acuerdo y Sentencia N° 642 del 31 de julio de 2006; Acuerdo y Sentencia N° 370, del 18 de mayo de 2007. La negativa constituye una presunción grave en contra

medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y reglamentar el artículo por acordada¹⁰.

La Sala Penal de la Corte ha otorgado valor absoluto a la prueba genética¹¹: "Las pruebas biogenéticas de paternidad (paternity test) se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN, y los genes que dirigirán la formación y ordenaran las características del futuro ser desde el momento de la fecundación. El estudio de los materiales genéricos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta, desechando así, la prueba hematológica o de los grupos sanguíneos autosómicos...La prueba de ADN se basa en la descomposición o hibridización de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital, conformada por la información genética de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación...La técnica del perfil de ADN como medio de identificación es infalible ya que testifica un hecho científico incontrovertible, basado no en teorías ni en doctrina sino en las leyes de la naturaleza...Tal es el valor absoluto que ofrece la pauta genética ADN que la negativa de parte a su sometimiento puede perfectamente crear una presunción o establecimiento directo de paternidad".

de quien se niega a la producción de la prueba científica, y esta solución es casi unánime en la doctrina extranjera.

¹⁰ Ley N° 1.914/02 que Exonera el Pago de los estudios de Histocompatibilidad (HLA) e inmunogenética (en los procesos de filiación). En los procesos de filiación la CSJ tomará a su cargo el costo total de los estudios de HLA y ADN, cuando su realización fuera indispensable para el resultado del juicio, haya sido ordenado judicialmente y el obligado al pago actúe con beneficio de litigar sin gastos (Art. 1°). La Ley 2.869 del Ejercicio Fiscal 2006 indica en el punto 916 sobre el tema. El presupuesto actual es de 300.000.000 de guaraníes (60.000 US\$ aproximadamente).

¹¹ Acuerdo y Sentencia N° 370 del 18 de mayo de 2007.

Como vemos en la investigación de la paternidad, las pruebas periciales de sangre adquieren relevancia, no sólo respecto a la acción de reconocimiento de filiación o contestación de desconocimiento o impugnación de hijos extramatrimoniales, sino también en los casos de negación o impugnación de paternidad matrimonial, regulado en el Código Civil y donde se prevén limitaciones.

4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL MATRIMONIO

Antes de referirnos a las acciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial conviene señalar que: *se presume que el marido es el padre del hijo nacido dentro del matrimonio*. Así lo prescribe el Código Civil.

Son hijos matrimoniales:

- a) los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento;
- b) los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse y que hayan sido reconocidas antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta. La posesión de estado suple este reconocimiento;
- c) los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde

que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado; y

d) los nacidos dentro los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o si consintió que se lo anotara como hijos suyos en el Registro del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente (Art. 225 CC).

El Art. 29 del CC establece una presunción *jure et de jure* respecto al plazo máximo (300 días) y el mínimo (180 días), de duración del embarazo y la época de la concepción de los nacidos vivos, comprendiendo este último el plazo entre el maximum y el minimum de transcurrido el embarazo (120 días).

5. ACCIONES DE NEGACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL: REQUISITOS

Hecha la salvedad respecto a quiénes son considerados hijos matrimoniales nos referiremos a las acciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial, según las disposiciones establecidas en el Código Civil.

1. El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos:

a) si durante el tiempo transcurrido entre el período máximo y el mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad;

b) si durante dicho período vivía legalmente separado de su mujer, aun por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal; y

c) si en ese período la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar, además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad (Art. 236 CC).

Finalmente, la ley establece que el marido podrá probar otros hechos conducentes a excluir su paternidad.

2. Esta acción de desconocimiento únicamente compete al marido mientras él viva (Art. 237 CC).

6. EXCEPCIONES

Sin embargo, la ley prevé situaciones excepcionales como a) interdicción del marido y b) su fallecimiento.

a) En caso de *interdicción*, la acción podrá ser ejercida por el *curador* con autorización judicial (Art. 237 CC, primera parte).

Si el curador no hubiese intentado la acción y el marido dejare de estar interdicto, podrá deducirla éste -el marido- (Art. 237 CC, segundo párrafo), dentro de los sesenta días (Art. 239 CC, parte final). Se entiende que el plazo debe computarse desde la sentencia firme que hace cesar la interdicción.

b) En caso de *fallecimiento*, iniciada la acción por el marido, y fallecido durante la tramitación del juicio, sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo, o ser excluidos por él, así como los ascendientes del extinto, podrán continuar la acción (Art. 238 CC).

Fallecido éste, el juicio se ventilará con sus herederos (Art. 239 CC).

Es jurisprudencia constante y uniforme en nuestros Tribunales de la Niñez y Adolescencia que el/la defensor/a actúa dentro de sus *facultades regladas al promover la acción de filiación* de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 162 y 163 incisos a) y c) del CNA, y estando habilitada plenamente para que en *representación* del niño/a intervenga en el proceso hasta su culminación, en atención a la *legitimación activa* que le otorgan las mencionadas preceptivas, ya que si el propio niño/a o adolescente puede dirigir por sí mismo sus peticiones ante cualquier autoridad (Art. 26 CNA, acordes con el Art. 40 CN y el Art. 12 de la CDN), deviene obvio que en su representación *puede y debe actuar* el/la defensor/a de la Niñez y la Adolescencia a fin de proteger sus derechos, independientemente de que la madre intervenga o no en el proceso posteriormente como accionante o quien sea la persona denunciante del derecho violado. Finalmente tampoco puede perderse de vista la gratuidad que caracteriza a los procesos tramitados en la jurisdicción especializada (Art. 167 CNA) (Voto en mayoría Dr. Silvio Rodríguez, Dra. Ma. Francisca Prette de Villanueva, voto en disidencia parcial del Dr. Arnaldo Aguirre). Ver Autos Interlocutorios del año 2004, números: 195, 220, 225, 226 y 227.

Para el Dr. Aguirre la disidencia consiste en las personas *legitimadas* a solicitar la intervención del defensor/a de la Niñez y Adolescencia, para representarlos en un juicio contradictorio como sería la Acción de Filiación. Y en tal carácter la madre posee la facultad *exclusiva e irrenunciable* de representar a los hijos en los actos de la vida civil, mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil (Art. 71, inc. e) CNA).

A ella (la madre) le compete en primer término peticionar a la defensora su intervención para representar a sus hijos en el juicio de reclamación de la paternidad. O el tutor por

que éste tiene *representación legal* del pupilo. Respecto a otros responsables como guardadores, tíos, carecen de título habilitante que le acredita *legitimación activa* para petitionar la intervención de la defensora pública, para que ésta promueva, en representación de los niños, la acción incoada. Incluso para subsanar la deficiencia en el mandato por parte de la defensora, la progenitora si ratifica la gestión de ésta (la defensora), validaría sus actos (artículos 346 y 347 CC). Esta ratificación es trascendental para el proceso ya que los hechos invocados para la reclamación de la paternidad tienen por principal protagonista a la madre biológica para el diligenciamiento de algunas pruebas que requerirán su concurso personal, como por ejemplo la prueba de ADN.

7. TRASMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN A LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO Y A SUS HEREDEROS PRESUNTIVOS

Según el Art. 244 CC, los ascendientes del marido y sus herederos presuntivos, que debían concurrir con el hijo o ser excluidos por él podrán igualmente promover la acción de desconocimiento:

a) Cuando el esposo hubiere desaparecido o fuera incierta su existencia. El plazo deberá computarse después de transcurrido un año de la desaparición o de la ausencia¹², si los autores fueren

¹² Ausente y desaparecido: El Art. 64 CC, al referirse a la presunción de fallecimiento habla del ausente y del desaparecido. No hay una disposición expresa en el Código que distinga a uno y otro. Sin embargo, pensamos que entre ambos existe la siguiente diferencia: La persona cuyo paradero se desconoce, y cuya situación de si está viva o si está muerta también se ignora, es un ausente. Si transcurren los plazos legales establecidos puede ser declarado su fallecimiento presunto. La persona desaparecida por su parte, es aquella cuya ausencia se produjo como consecuencia de circunstancias tales que pudieran haber puesto en peligro su vida. Por lo tanto, el peligro será el

los ascendientes; y si fueren los herederos, después de la declaración del fallecimiento presuntivo; y

b) Si el marido estuvo privado de discernimiento durante el plazo legal en que habría podido desconocer su paternidad, o hubiere fallecido antes de vencer dicho plazo. En el primer caso, deberá promoverse la demanda dentro de los sesenta días de haber conocido el nacimiento, y en el segundo el plazo se contará desde la fecha del fallecimiento.

8. FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

CASO A: Reclamación de filiación extramatrimonial. Nacimiento posterior a divorcio vincular

“MLIS s/ Reconocimiento de filiación extramatrimonial”¹³

La madre reclama la filiación de un tercero siendo casada. El tercero plantea excepción de falta de acción porque la hija “necesariamente” es del marido. Se acreditó divorcio vincular. Se justificó nacimiento posterior al divorcio vincular de la madre (300 días de disuelto el matrimonio por divorcio vincular). La madre anotó a la hija como extramatrimonial.

Con estos presupuestos fue confirmada la resolución recurrida, donde el Juzgado desestima la excepción por falta de

elemento esencial para diferenciar el ausente del desaparecido, tanto es así que el Art. 63 –al hablar de la declaración judicial de muerte como medida excepcional-, sólo habla de desaparición y no de ausencia (Moreno Rufinelli, José A. “Derecho Civil. Parte General. Personas” 1996).

¹³ A.I. Nro. 431 de fecha 4 de diciembre del año 2002. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia, integrado por los Dres. Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

acción opuesta por el demandado. Queda claro que la menor MLIS, tiene acción para ser reconocida por su padre biológico, y la madre en ejercicio de la patria potestad, y en representación de su hija, se halla facultada a promover la investigación de la paternidad (Art. 234 CC).

CASO B: Reclamación de filiación de un tercero, que no es el marido.

“NMAM s/ filiación”

La madre A casada con V el 29 de agosto del año 1992 promovió acción de filiación por su hija reclamando la paternidad de un tercero. La niña N, según certificado de nacimiento nació el 21 de diciembre del año 1998, la misma fue reconocida por la madre A, omitiendo el apellido del marido, admitiendo así que la misma es hija extramatrimonial. No existe sentencia de divorcio vincular ni separación judicial de cuerpos.

Ante esta situación ¿tiene ella (la madre) legitimación activa para presentarse por su hija?

Se toma en consideración que la madre de la niña, la Sra. A, omitió ex profeso la atribución de la paternidad a su marido (V), con lo que la declarante del nacimiento admitió que su hija es extramatrimonial habida de relaciones íntimas con otra persona que no es su marido, dato de suma importancia para ir descartando lo manifiesto en la excepción planteada.

El demandado interpuso excepción de falta de acción contra el progreso de la acción de filiación, pretendiendo negar el derecho a que se promueva la acción en su contra fundado en que la demandante se halla unida en matrimonio y que la niña nació dentro de esa unión. El Juzgado de Primera Instancia hizo

lugar a la excepción según A.I. N° 88/2004. El Tribunal de Apelación¹⁴ *revocó la decisión del Juzgado de Primera Instancia que hizo lugar a la excepción de falta de acción¹⁵, deducida por el señor M (supuesto padre de la criatura).*

En el presente caso, y según opinión del Tribunal¹⁶ *...corresponde investigar a fondo la paternidad real de la niña ...ya que la presunción de ser hija matrimonial tiene angulación necesaria en la verdad biológica de la concepción, que es posible en los casos normales, sólo con las relaciones íntimas de los progenitores. La maternidad siempre es cierta, pero, a la paternidad se llega por presunciones, a través de hechos que pueden ser controvertidos. La aparición de controversia como en este caso, denota la falta del detonante para dar andamio a la excepción.*

“NMAM s/ filiación” INCONSTITUCIONALIDAD¹⁷

Por el voto en mayoría (Ministros Fretes y Núñez) se hace lugar a la acción de inconstitucionalidad, declarando nulo el A.I. N° 264 de fecha 27 de julio del año 2004, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital por causal de arbitrariedad, debiendo devolverse la causa al Tribunal que le sigue en orden de turno.

¹⁴ A.I. N° 264 de fecha 27 de julio del año 2004. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia, integrado por los doctores Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. María Francisca Prette de Villanueva.

¹⁵ A.I. N° 88 del 10 de mayo de 2004, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, dispuso: “Hacer lugar a la excepción de falta de acción deducida por M. C. I. en relación a la acción pretendida por A. Á. M. representando a la niña N. M. Á. M.

¹⁶ Opinión del Dr. Samuel Aguirre.

¹⁷ Acuerdo y Sentencia N° 407 de fecha 21 de junio del año 2006. Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional. Integrantes, Sres. Ministros: Antonio Fretes (preopinante), Víctor Núñez y José Altamirano.

Con voto en disidencia, el Dr. Altamirano, se pronuncia opinando que la resolución impugnada no es violatoria de ninguna norma constitucional, por lo que debe ser rechazada la presentación de la acción de inconstitucionalidad.

9. PRESCRIPCIÓN¹⁸

La acción de desconocimiento o impugnación de la filiación matrimonial *prescribe* a los *sesenta días*, computados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (Art. 239 CC).

9.1. EXCEPCIÓN

Sin embargo, si el marido reconoció su paternidad expresa o tácitamente, o dejó vencer el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer el hijo como suyo. En este caso, la acción deberá ser promovida por el marido, sus descendientes o herederos, dentro del plazo de sesenta días, de conocido el fraude o error¹⁹ (Art. 243 CC).

¹⁸ A) Prescripción: La prescripción liberatoria es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor de acuerdo a las condiciones establecidas por la ley de fondo. B) Caducidad de la instancia: Es un modo de terminación del proceso producido por la inactividad de las partes durante el plazo determinado en la ley de forma (ver artículos 172 al 178 Código Procesal Civil paraguayo).

La prescripción liberatoria con respecto a las relaciones de familia. El Art. 633 CC paraguayo, en su 2do. Párrafo preceptúa: "No están sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia".

¹⁹ En el Acuerdo y Sentencia N° 91 dictado por el Tribunal de Apelación de Menores, en fecha 08 de agosto del año 2001, la preopinante Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: "Con relación a la extemporaneidad de la presentación del juicio que alega la recurrente, el actor invocó el Art. 243 del Código Civil, es decir que planteó la presente pretensión dentro de los sesenta días de conocido el error. Así, el actor al sostener que medió vicio en su voluntad (error), en el momento de reconocer a los menores demandados

en autos y que este error lo conoció luego de realizarse el estudio de HLA (fs. 6/9 de autos). Consecuentemente, vista la fecha de los referidos dictámenes (4 de nov. de 1998) y la fecha del cargo del Actuario del escrito inicial de demanda (9 de dic. de 1998), fácilmente se comprueba que el Sr. AAFC planteó la presente pretensión dentro de los sesenta días que dispone el Art. 243, in fine del CC.

La apelante se queja porque a su criterio no se demostró el error, fraude u ocultamiento del embarazo ni que no pudo haber relación carnal entre ella y el actor durante el matrimonio. Sobre este punto ya se ha aclarado más arriba que el error como vicio de la voluntad, fue que el Sr. AAFC, cuando reconoció a los menores demandados lo hizo desconociendo el vicio citado (el error), pero que luego de los estudios genéticos en el laboratorio Díaz-Gill, en los cuales se le excluía como progenitor, es que planteó la acción de desconocimiento de paternidad o impugnación de filiación.

En el caso particular de autos, el actor para descartar el nexo biológico colaboró en la realización de la prueba de ADN y del espermograma, a la cual debe sumarse la presunción grave, precisa y concordante, ante la actitud contumaz de la demandada, quien no se prestó a colaborar a las pruebas ordenadas como medida de mejor proveer por el Tribunal "prueba de HLA", examen biotipológico, comparativo, prueba dactiloscópica. Sumado a la prueba del ADN, ordenada en primera instancia. Todos estos elementos vigorizan la presunción en contra de quien adopta una posición de resistencia, como lo hizo la demandada.

Conviene precisar que las investigaciones biológicas han avanzado de tal modo, que hoy pueden ofrecer conclusiones que, en gran medida, y en ocasiones decididamente, informarán al juez sobre la realidad del nexo biológico que se investiga.

Por otra parte precisamente por tratarse en el caso concreto de autos, de una impugnación de filiación o desconocimiento riguroso de la paternidad, correspondía prima facie acreditar, al actor, de alguna manera (como principio de prueba), los hechos en que funda su acción. Una situación contraria -como bien los señalan los tratadistas, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, "Régimen legal de filiación y patria postestad", pág. 180-, vendría a contener la promoción de demanda aventuradas o irreflexivas que, por su índole, implica imputar el adulterio de la esposa y poner al descubierto gravísimas intimidades de las partes.

El actor presentó prima facie o como principio de prueba para fundamentar su pretensión la prueba genética HLA realizada en el laboratorio Díaz-Gill con la extracción de sangre del demandante y los menores sujetos de la impugnación de filiación.

10. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO: REQUISITOS

En lo que respecta a las *acciones de impugnación* del vínculo filiatorio, el Art. 240 CC estatuye cuanto sigue: “La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, a los parroquiales, en su caso, podrá ser *impugnada por el padre o la madre, y por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo, o no sea la mujer madre del hijo que pasa por suyo*”.

La legitimación activa es bastante amplia, y que inclusive atribuye a personas que tengan interés protegido por la

Este derecho se relaciona con el principio de la verdad biológica o identidad biológica del niño. Es decir, que se conozca al padre "real" y no uno "posible". Cabría preguntarse si existe o no límites legales al principio de verdad biológica, es decir, si es o no aconsejable que prevalezca la verdad; porque podría producir fuertes impactos emocionales debido a las creencias morales vigentes en la sociedad, como en el caso particular de autos en el que se impugna una filiación.

Opino que el límite sería: la protección del interés superior del niño. En los informes psicológicos de ARF (fs. 208/209) y ANF (fs. 210/211), como también el estudio psicológico del actor (fs. 212/213) y la demandada (fs. 214/215) a lo cual se suma la observación psicológica realizada a los menores con el actor de lo cual se infiere que necesita terapia de apoyo, considerando que los menores tienen conocimiento de la presente pretensión pero se encuentran confundidos, razón por la cual es importante que una vez que se tenga la resolución definitiva de la siguiente cuestión y que tengan identificada su identidad biológica puedan enfrentar dicha situación pues iría en detrimento de los niños, vivir en la mentira pues esto sí no lo perdonarían. De ahí que en la filiación adoptiva se debe respetar el derecho a la identidad biológica y el niño debe conocer sus orígenes. Atenta a las razones apuntadas al Art. 54 de la CN, Art. 3 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica y a las disposiciones legales mencionadas más arriba corresponde confirmar la resolución recurrida.

ley. Sin embargo, los hechos como supuestos para incoar la acción es limitado, puesto que fija a) suposición de parto, b) sustitución del hijo, c) o no ser la mujer madre del hijo que pasa como suyo.

Esta acción de contestación o *impugnación para obtener el desplazamiento parental* viabiliza tanto tratándose de hijos matrimoniales como extramatrimoniales.

En lo que respecta a la *impugnación* que pueden hacer los hijos del *reconocimiento paterno o materno* el Art. 247 del CC, reza: “El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por estos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de 180 días, desde que hubiesen tenido conocimiento del acto”.

11. CONCLUSIONES

Para concluir conviene precisar que largo ha sido el camino para que no exista discriminación en cuanto a los tipos de filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Así se han dejado de lado viejos resabios civilistas del Siglo XIX, según los cuales se prohibía la indagación de la paternidad; los hijos extramatrimoniales no podían ejercer ningún tipo de reclamación judicial a los efectos de ser reconocidos como tales en cuanto a su identidad biológica por los desvíos de sus padres (paternidad/maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega), con la exclusión de los consecuentes derechos derivados del reconocimiento como: derecho a la alimentación, afecto, a ser cuidado por sus padres y lo relativo a la patria potestad.

Felizmente esto fue superado por la obligación de facilitar la investigación de la paternidad, tendencia universal, la cual demarca el derecho a conocer a los padres y a preservar su

identidad, que incluye el nombre y las relaciones familiares, principio de rango superior consagrado por la Convención Americana de los Derechos del Niño y con prelación sobre las normas internas secundarias.

Destaquemos, que en nuestro ordenamiento jurídico, el niño/a y adolescente puede promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estime necesarias, y apelar a la prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes que son consideradas preferencialmente, fundado en la disposición constitucional del Art. 53 y en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Art. 18 y 184).

La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN), constituye un gran avance respecto a los reclamos de filiación por ser considerada como prueba directa, a diferencia de otros elementos probatorios, considerados pruebas indirectas.

A partir de este avance científico se presentan dos hechos significativos en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, por un lado a los efectos de agilizar y dar una rápida respuesta a las demandas de filiación y, por otra parte, no menos importante, a los efectos de brindar al niño/a la paternidad real, que es fundamental para su derecho a la identidad biológica permitiendo que con esto se cumpla con el Principio del Interés Superior del Niño/a –derecho y principio reconocidos en la Constitución Nacional-, y no darle simplemente un progenitor “de nombre” o “posible”.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO, Ramón, *Reconocimiento de Hijos Naturales*”, Tesis Doctoral,

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/059e37bd8145b29306256b3e00747bb2?OpenDocument>.

BERTOLDO DE FOURCADE, María Virgina, *Investigación de la Paternidad*, Revista Argentina LA LEY, 1999-F1230.

Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1966.

PUCHETA DE CORREA, Alicia Beatriz, *Manual de Derecho de la Niñez y de la Adolescencia*, Ediciones de la Universidad del Pacífico, Año 2001.