



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

## Publicación: Derecho de la Mujer a Impugnar la Paternidad del Marido: Un Fallo Elogiable de la Corte

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I

### **CONVENCIÓNES INTERNACIONALES Y NORMAS LOCALES**

La Corte ha dictado una sentencia que suscita particular interés en cuanto considera un supuesto enfrentamiento entre normas de derecho interno y convenciones internacionales, que la reforma de 1994 incorporó a nuestro ordenamiento constitucional.-

El conflicto se produce en cuanto las referidas convenciones, que suelen ser pródigas en declaraciones de carácter general, deben ser confrontadas con las normas, -necesariamente concretas-, de códigos y leyes nacionales.-

Parece importante advertir al intérprete contra la tentación de resolver los problemas apelando a principios genéricos y pasando por alto disposiciones de menor rango, insertadas en la legislación local, que suelen expresar, con mayor precisión, conceptos que reflejan la mentalidad nacional, la tradición de nuestra sociedad, y, en ciertos casos, principios, acaso menos altisonantes, pero igualmente sustantivos del orden jurídico.-

El hecho de que las convenciones internacionales sean directamente operativas, no justifica introducirlas en el sistema legislativo como un ariete, cuya irrupción puede arrasar delicados sistemas en el que se equilibran intereses diversos.-

Se han dictado así fallos en los cuales, por ejemplo, la Convención sobre los derechos del Niño, ha sido esgrimida para derogar expresas disposiciones sobre la adopción, invocando el interés primordial del niño, y haciendo tabla rasa con normas expresas que consagran exigencias o prohibiciones insoslayables (<sup>1</sup>).-

En el caso que comento, resuelto recientemente por el alto tribunal, la cuestión se plantea en torno al art. 259 del Código Civil, cuya vigencia cuestiona la recurrente, y, afortunadamente, sostiene la mayoría de la Corte, con razones que comparto plenamente.-

---

<sup>1</sup> Fallo de la Cámara Civil y Comercial Santa Fe, Sala II, del 21.XII.1995, E.D. 172-520, con nota del autor "Adopción contra legem".-

## II

### **EL CASO RESUELTO**

Se trata de un juicio en el que la madre pretende impugnar la filiación matrimonial de un hijo suyo, y establecer a su respecto la paternidad de un tercero, con quien aquella mantuvo prolongada convivencia, ignora si conyugal o de hecho.-

El tema fue motivo de diversos pronunciamientos, en los cuales se discutió la legitimación activa del Defensor de Menores para plantear la acción, tratándose de un menor adulto, que ha expresado con claridad su deseo de esclarecer la compleja situación familiar en que se encuentra.-

En la misma fecha en que se dictó la sentencia aquí comentada, la Corte definió esa cuestión, haciendo lugar al recurso interpuesto por el Defensor ante la Cámara, y disponiendo que el Juez de primera instancia cite al menor para que ratifique la demanda interpuesta por el Ministerio Pupilar, y deja en claro que le corresponde a éste continuar ejerciendo la representación promiscua del actor.-

Paralelamente a esta iniciativa, la madre del interesado intentó accionar para impugnar la paternidad de su ex marido. El juez de grado y la Sala B de la Cámara Civil desconocieron legitimación a la madre para promover esta acción, basándose en el artículo 259 del Código Civil, cuyo texto no deja lugar a dudas: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo”.-

La enumeración efectuada por la norma es taxativa y excluye la posibilidad de que nadie, salvo las personas nombradas, intente impugnar la paternidad legítima.-

Los intentos por ensanchar la legitimación activa han suscitado diversos pronunciamientos, que reivindican la interpretación mencionada. Así lo resolvió la Suprema Corte de Buenos Aires, en un caso en que el presunto padre extramatrimonial pretendía ser admitido a promover la demanda. El Tribunal repelió ese intento con razones, a mi juicio, incontrastables <sup>(2)</sup>.-

Con referencia a la madre, no solamente la Sala B, en el caso comentado, interpretó cabalmente el texto legal. También lo hizo así la Sala E, en una sentencia del año 1997 <sup>(3)</sup>.-

La Corte Suprema de la Nación ha enfrentado un planteo mas amplio de la cuestión y ha ratificado la que es, a mi juicio, la única solución admisible del caso.-

---

<sup>2</sup> S.C.Bs.As., 1-X-1993, E.D. 157013, con nota del autor “Legitimación activa para impugnar la filiación legítima”.-

<sup>3</sup> E.D. 177-71

### III

#### **LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO**

Para sostener su legitimación, la actora embiste contra el art. 259. Al parecer no pretende interpretarlo con un criterio amplio, que el texto no consiente, sino que lo presenta atribuyéndole un supuesto conflicto con las convenciones internacionales que quiere aplicar al caso en debate.-

El argumento, que encuentra eco en el dictamen del Procurador General y en la minoría de la Corte, se estructura así:

- a) La exclusión de la mujer constituiría una sanción contra su conducta sexual, consistente en impedirle esclarecer la identidad real de los hijos.-
- b) La Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer determina que el art. 259 es injusto y constituye una ofensa contra la dignidad humana.-
- c) Asimismo la Convención en cuestión consagra la igualdad de derechos en el campo civil y en particular respecto al ejercicio de la capacidad jurídica.-
- d) El Pacto de Costa Rica asegura a toda persona, sin discriminación por motivos de sexo, el ejercicio de sus derechos; y la Declaración Americana sobre Derechos y deberes del Hombre establece la igualdad de derechos sin distinción alguna por razón de sexo.-
- e) El art. 16 de la Constitución Nacional establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley.-
- f) Lo establecido por el art. 259 C. Civil, que niega acción de impugnación a la madre, representa una actitud discriminatoria, contra quien tiene un interés jurídico para accionar.-
- g) La identidad y conveniencia del menor sólo hallan adecuada tutela reconociendo acción a la madre, que debería poder accionar en cualquier tiempo, estableciendo así la filiación respecto del padre biológico, previa desvinculación del legal.-

La conclusión a que llevan estos argumentos, y algunos otros que quizás haya omitido mencionar en esta reseña, es muy clara: El art. 259 está en contradicción con principios constitucionales directamente operativos, y estos deben prevalecer sobre un precepto legal de menor jerarquía.-

Mientras el dictamen del Procurador culmina solicitando que se declare inconstitucional el art. 259, los votos en minoría, de los Dres. Petracchi, Bossert y Vázquez, no acogen expresamente esa petición, y se limitan a proponer el rechazo de la defensa de falta de legitimación opuesta por el demandado.-

Confieso que la posibilidad de ver caer los artículos del Código como brevas maduras, frente a la sacudida originada por su pretendida incompatibilidad con las convenciones internacionales, me causa cierta consternación, nacida, probablemente, de la inseguridad jurídica que deriva de tales cataclismos legales.-

## IV

### **EL FALLO DE LA CORTE**

Cuanto llevo dicho hasta aquí, permite anticipar mi expresa adhesión a la doctrina sentada por la mayoría del alto tribunal, en cuanto mantiene indemne la vigencia de la norma establecida por el art. 259, que en manera alguna entra en conflicto con las convenciones esgrimidas para irritar su aplicación.-

#### **a) Un breve examen histórico**

El primer argumento que desarrollan los cinco ministros que sostienen esta tesis es de carácter histórico: En 1985, al ser sancionada la ley 23.264, que reformuló el art. 259 del Código Civil, las convenciones hoy aducidas para desechar la aplicación de dicha norma, ya integraban la “ley fundamental de la Nación”, en cuanto eran tratados internacionales que, aún sin jerarquía constitucional, obligaban al Estado argentino.-

Pese a ello, el legislador entendió que la norma del 259 no contradecía al Pacto de San José de Costa Rica, ni a la Convención sobre discriminación de la mujer. Y ha de presumirse que el legislador actúa con conocimiento de causa y que juzgó por lo tanto, que no había incompatibilidad entre el artículo referido y los tratados aludidos.-

#### **b) El control de constitucionalidad**

El control sobre la constitucionalidad de las normas, es competencia irrenunciable del Poder Judicial y por esa razón la Corte abrió el recurso.-

Apoyado en la vieja enseñanza de Joaquín V. González sobre la igualdad ante la ley –“el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”- sostiene el Tribunal que “el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común”.-

La doctrina es saludable y reconfortante. Por muchos que sean hoy día los fueros de la globalización, no sería admisible que el deber de preservar el orden justo en la sociedad, quedara remitido a asambleas internacionales. Las declaraciones que aquellas formulen, y que el legislador incorpora al derecho interno, deben ser interpretadas por los jueces de la Nación. Estos no pueden declinar lo que es su responsabilidad esencial, no pueden convertirse en meros aplicadores de un derecho universal que, por serlo, requiere una juiciosa adaptación a las circunstancias de cada país. Bien ha hecho la Corte en reivindicar esta misión-

### **c) Discriminación y discernimiento**

A partir de su amplio empleo en los textos internacionales, la palabra “discriminación”, se ha transformado en uno de los vocablos de uso más frecuente y peyorativo en el lenguaje jurídico contemporáneo.-

Discriminar ha pasado a ser uno de los pecados irredimibles en que pueden caer legisladores, jueces, funcionarios, instituciones y simples ciudadanos.-

Quizás la ofensiva universal levantada contra la discriminación, responde al ejercicio abusivo de derechos, en que se haya incurrido, y que ha sido capaz de suscitar una reacción tan amplia y tan enérgica.-

Acaso no valga la pena reivindicar que el primer significado del verbo discriminar es enteramente inocente: “Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”, vale decir que se trata de una actividad que es obligatoria para el legislador, el juez, el jurista, el empleador.-

Ciertamente la ofensiva antes mencionada está enderezada contra la segunda acepción del verbo: “Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos raciales, religiosos, políticos etc.”. Eso es lo que se procura evitar; que se trate a los iguales como si fueran distintos.-

El varón y la mujer son iguales en un sentido y diferentes en otro. Coinciden en una identidad sustancial, en cuanto son seres humanos, libres, inteligentes, llamados por igual a un destino de plenitud humana y sobrenatural.-

Pero tal identidad no excluye diferencias accidentales, y el sexo es una de ellas.-

Reparar en los accidentes no es discriminar, en el sentido peyorativo de la palabra, sino simplemente discernir que significa “distinguir una cosa de otra, señalando la diferencia que hay entre ellas”.-

El legislador y el juez tienen, no ya la facultad de discernir, sino la grave obligación de hacerlo, en procura de dar soluciones justas y no soluciones iguales.-

No sería deseable que las leyes fueran dictadas y aplicadas por personas que no discernieran, o, más gravemente aún, por personas privadas de discernimiento, requisito esencial para otorgar un acto voluntario. Los jueces hacen bien en discernir, y esto ya lo sabían los romanos que acuñaron el aforismo “bene iudicat qui bene distinguit”.-

### **d) El padre y la madre**

No vamos a detenernos en las diferencias significativas que se derivan de este accidente, que es el sexo, en el plano biológico.-

La invocación de las convenciones internacionales no podría servir para que se estableciera una “gravidez compartida” entre varones y mujeres, ni para dividir por mitades los dolores del parto.-

Y esa diferencia orgánica, se desliza necesariamente al plano jurídico.-

El art. 242 dispone la determinación de la maternidad, dentro o fuera del matrimonio, por el hecho del parto, “la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.-

La paternidad, por el contrario, se establece a través de una presunción, en el caso de los hijos legítimos, y por el reconocimiento paterno o por la sentencia que lo declare (art. 247).-

Sería absurdo atacar tal régimen por discriminatorio, alegando, por ejemplo, que según el régimen anterior a la ley 23.264, el padre y la madre estaban equiparados en orden a establecer la filiación extramatrimonial y se exigía, respecto de ambos, el reconocimiento.-

La mujer no tiene hoy opción entre reconocer o no al hijo que ha parido. Basta acreditar el nacimiento para que se la tenga por madre.-

La innovación, que venía siendo propuesta por Bibiloni, Borda, López del Carril, y a la que adherí con convicción<sup>4</sup>), podría ser leída como una discriminación, cuando en realidad no es otra cosa que el resultado de discernir, o sea de valorar sensatamente la certeza que resulta del parto. El padre no tiene jamás esa certeza y por eso es necesaria su expresión de confianza a través del reconocimiento, que, en caso de renuencia, puede ser suplida por la sentencia de filiación.-

#### **e) La impugnación de la paternidad**

Esta diferencia entre derechos y deberes del padre y de la madre, se extiende a otros aspectos de la relación con los hijos y, entre ellos, la impugnación de la paternidad matrimonial.-

El viejo art. 255 establecía que en tales juicios, “Cualquier declaración o confesión de la madre, afirmando o negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna”.-

No es que el Código, en su versión anterior, negara la legitimidad materna para impugnar la filiación legítima, -el art. 256 restringía tal derecho al marido-, sino que iba mas lejos aún: negaba todo significado a lo que la mujer declarara o confesara a este respecto.-

El actual 258 ha atenuado el vigor de aquella norma, y se contenta con establecer que para que prospere la impugnación de paternidad promovida por el marido “... no será suficiente la sola declaración de la madre”, sino que harán falta otras pruebas.-

---

<sup>4</sup> Bibiloni, Juan A. Anteproyecto de Reforma al Código Civil, Kraft, Bs. As. 1939, art. 803 de la primera redacción y 739 de la segunda; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, “Familia”, Perrot, Bs.As. 1993, T II, nro. 661, ps. 14 y 15; López del Carril, Julio J. La filiación y la ley 23264, Abeledo Perrot, Bs.As. 1987, nro. 218, p. 149; Mazeaud, Henri, Leon y Jean, lecciones de derecho civil, “La familia. Constitución de la familia”, Ejea, Bs. As. 1959, parte I. T. III, nro. 949, p. 441; Carbonnier, Jean. Derecho Civil. “Situaciones familiares y cuasifamiliares”, Bosch, Barcelona 1961, t. I, vol. II, nro. 166, p. 306; Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado elemental de derecho civil, “Divorcio, filiación, incapacidades”, José M. Cajica, México 1946, vol. IV, nro. 1384, p. 123.-

Pero lo importante es que nunca, en la historia de nuestro derecho civil, la madre tuvo acción para impugnar la paternidad de su marido. Tampoco se la otorga el 259 vigente, como antes se ha visto, y eso es lo que concluye, con indudable acierto, el fallo comentado.-

#### **f) El interés familiar**

El fundamento que da la mayoría de la Corte para sostener su tesis, ostenta una seriedad que complace destacar.-

Señala el voto de la mayoría que la presunción de paternidad “es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial”, y sostiene que su implantación obedece al propósito de subrayar “el valor institucional de la familia legítima”.-

Ese era el fundamento que inspiraba el viejo art. 256, que hacía al marido único árbitro sobre la conveniencia de impugnar la propia paternidad.-

La ley 23264 modificó ese criterio, y aceptó que el hijo pudiera, en todo tiempo, impugnar su propio emplazamiento respecto del marido de la madre.-

Opiné a su hora en contra de esta reforma, como asimismo lo hicieron López del Carril y Belluscio <sup>(5)</sup>.-

Como bien dijo Méndez Costa al comentar la nueva disciplina de la impugnación “la trascendencia que tiene para el hijo la determinación exacta de su filiación, no es suficiente para inclinar a una valoración ética positiva de la norma” <sup>(6)</sup>.-

El reconocimiento de la acción a la madre, que propugna el dictamen del Procurador y los votos de la minoría, tendría, a sus ojos, la ventaja de que igualaría a ambos cónyuges y permitiría establecer, cuanto antes, la verdadera filiación del hijo.-

La óptica que inspira estas reflexiones parece concentrada en alcanzar la simetría jurídica, que ha irrumpido como una idea fija en leyes y sentencias de los últimos años.-

La preocupación esencial radica en preservar para la madre un derecho igual al que la ley reconoce al padre y al hijo. Pero al elegir este rumbo, se omite considerar, con la necesaria prudencia, el interés del propio hijo, que corre el riesgo de ser transformado así en un ente meramente pasivo, frente a la contienda relativa a su filiación.-

Autorizar a la madre a impugnar la paternidad del marido podrá ser un camino que conduzca a la certeza de la relación biológica, pero implica un avance inconveniente de ella sobre un derecho del hijo que podrá tener o no, cuando alcance discernimiento, interés en que tal debate sea entablado.-

---

<sup>5</sup> Mazzinghi, Jorge A. Filiación ..., L.L. t 1985-D, p. 1145; López del Carril, Julio J. La filiación ... nro. 494, p. 371; Belluscio, Augusto, Manual ... nro. 463, p. 221.-

<sup>6</sup> Méndez Costa, María Josefa, La Filiación, nro. 181.-

No hago cuestión de la infidelidad matrimonial, ni atribuyo al legislador el derecho de arrojar la primera piedra contra la adúltera.-

Pero tampoco creo que la madre tenga derecho a hacer público el extravío de su conducta, y asestar al hijo el presente griego de su propio adulterio, arrancándolo de su familia legítima, para relacionarlo, a su mero arbitrio, con el tercero a quien ella concedió indebido acceso.-

Está bien referirse a los grandes principios de las convenciones internacionales, pero es indispensable interpretarlas con la necesaria congruencia, y no hacer prevalecer lo estatuido por una, olvidando lo que otra establece.-

El interés primordial del niño, que ampara la Convención correspondiente, debe ser razonablemente conjugado con el supuesto derecho de la madre a actuar de idéntico modo que el padre.- El hijo debe ser oído – cuando esté en condiciones de expresarse- sobre la conveniencia de promover o no la acción de impugnación de la paternidad legítima.-

Atribuir legitimación activa a la madre para incoar tal acción, significa avasallar el derecho del hijo, en homenaje a la supuesta simetría prescripta por otras convenciones internacionales, y al proceder así se quiebra la armonía que, necesariamente, debe buscarse entre los distintos derechos implicados en una relación jurídica.-

#### **g) Conclusión**

Ni el interés familiar ni el del hijo menor de edad quedarían preservados si se soslayara la aplicación del art. 259, desconociendo o no su constitucionalidad.-

Por el contrario, la decisión mayoritaria tiene el valor de resistirse a una aplicación indiscriminada (se vuelve sin querer a la palabra) de las convenciones internacionales, y ejerce adecuadamente el control de la constitucionalidad, valorando con prudencia las normas vigentes y las consecuencias derivadas de su aplicación.-