



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

## Publicación: Filiación Extramatrimonial: Una Acción Impropia

Autor: Jorge A. Mazzinghi

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha admitido el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por una persona a quien las sentencias de primera y de segunda instancia, habían declarado padre extramatrimonial del hijo habido por una mujer unida en matrimonio a un tercero.-

### I

#### **LA TESIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

La sentencia casada por el tribunal superior de la Provincia, basó sus conclusiones en algunos presupuestos de hecho y de derecho que enunciaré brevemente:

a) Sostiene que la presunción de la paternidad del marido, que establece el art. 243 del Código Civil, ha perdido fuerza, ya que se basa en dar por supuesta la fidelidad de la mujer, que en este caso aparece incumplida.-

b) La norma citada admite que la separación de hecho entre los cónyuges es base suficiente para que no se presuma la paternidad del marido.-

c) Al inscribir el nacimiento de su hijo, la actora no mencionó el nombre del marido, con lo cual el fallo entiende que el menor representado por su madre, no estaría emplazado en el estado de hijo legítimo del primero.-

d) Con tal fundamento estima que no hace falta impugnar la filiación matrimonial, ya que ella no consta documentalmente.-

e) Por último, afirma la sentencia de alzada que el art. 245 del Código Civil requiere el consentimiento de ambos progenitores separados de hecho para inscribir como propio al hijo nacido en tales circunstancias.-

Las premisas mencionadas sostienen la conclusión adoptada por el fallo al declarar la filiación extramatrimonial del menor representado por la madre, respecto de un tercero con quien ésta mantuvo relaciones adúlteras.-

## II

### **EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY**

El presunto padre del menor aduce tres argumentos esenciales, que gravitan en la decisión de la Corte y que contradicen hechos supuestos e interpretaciones expuestas por el tribunal a-quo.-

a) En primer lugar critica el alcance dado por la Cámara a la presunción de paternidad marital que establece el art. 243.-

b) Sostiene asimismo que la separación de hecho, prevista por dicha norma como excepción a la citada presunción, no ha sido aducida por la parte actora, pese a lo cual, ha sido acogida por el tribunal.-

c) Por último, considera que el hijo habido por la mujer casada ostenta la condición de hijo matrimonial del marido, y que, por lo tanto, y de acuerdo al art. 252 del Código Civil, era indispensable impugnar dicha filiación, previa o contemporáneamente a la demanda contra el presunto padre extramatrimonial.-

Los argumentos esgrimidos por el recurrente tienen, a mi juicio, consistencia indudable, y así lo demuestra el hecho de que la sentencia de la Corte los haya recogido, en buena medida, para casar la desafortunada sentencia del tribunal a-quo.-

## III

### **EL ALCANCE DEL ART. 243**

La apreciación sobre la mayor o menor fuerza de la presunción de paternidad marital, más que un argumento jurídico -las normas no son como las personas, que viven con mas o menos vigor: rigen o no rigen- constituye la adopción de una actitud aparentemente escéptica sobre la regulación legal de los vínculos de la familia.-

No tengo duda de que ese escepticismo florece como resultado de la siembra en que ha participado el propio legislador, al encarar los temas de filiación con una visión exclusivamente biológica, divorciada a veces del legítimo interés familiar.<sup>1</sup>

En el caso de autos, dado que una mujer casada aduce haber tenido relaciones con un tercero, la opinión de los jueces se siente atraída por la posible verdad histórica de que el hijo haya sido engendrado por el tercero y no por el marido. Y tal atracción determina que ni siquiera se plantee la legitimación activa de la adúltera para procurar que el hijo sea desplazado de su estado de hijo matrimonial al de hijo extramatrimonial de ella y su cómplice.-

La Corte pone las cosas en su quicio cuando, a través del voto del Dr. San Martín, deja en claro que la vigencia del art. 243 es incuestionable, y que conforme a la previsión de dicha norma, el hijo habido por la

---

<sup>1</sup> MAZZINGHI, Jorge A. "Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley". L.L. 1985-D-1145.-

mujer casada se presume que tiene por padre al marido.-

Es que, efectivamente, según tengo dicho en relación al mencionado artículo "... si confluyen la acreditación de la maternidad por parte de una mujer casada, la acreditación del matrimonio y el nacimiento dentro de los plazos que la ley indica, el marido de la madre debe ser tenido como padre del hijo habido por ella".<sup>2</sup>

#### IV

##### **LA SEPARACION DE HECHO COMO EXCEPCION A LA PRESUNCION**

He criticado abiertamente la norma según la cual el nacimiento del hijo habido por una mujer casada después de trescientos días de separada de hecho, queda excluido de la presunción de paternidad que establece el art. 243.<sup>3</sup>

"Lo que de verdad importa -escribí a su hora- es que la solución es desacertada, porque incurre en el error, recurrente en las últimas reformas de nuestra ley, de sobrevalorar los hechos por encima de las situaciones jurídicas, erigiendo una circunstancia incierta, mudable, susceptible de ser controvertida -como es la mera separación- en pieza maestra para determinar la filiación matrimonial"<sup>4</sup>

La separación de hecho -como resulta de su propia designación- es sólo eso, un hecho, y como tal debe ser alegado y probado para que llegue a producir el efecto que la ley le atribuye.-

En el caso comentado, esta necesidad queda señalada con precisión por el Ministro preopinante: "... mientras en el caso de la separación personal la exclusión de la presunción resultará simplemente de la confrontación de la fecha del nacimiento con la de la sentencia, si sólo ha mediado separación de hecho, el interesado en destruirla deberá acreditar esa separación". Y sigue diciendo el Dr. San Martín en su voto: "En autos la sentencia tiene por probada la separación de hecho, sin advertir que no fue invocada en la demanda y que la prueba testimonial ofrecida fue descalificada en primera instancia sin que mediara reclamo al efecto".-

Este argumento tiene contundencia bastante como para hacer viable el recurso de inaplicabilidad de ley, en cuanto resulta clarísimo que la decisión impugnada por el demandado está en conflicto con textos legales expresos que el tribunal a-quo ha soslayado indebidamente.-

---

<sup>2</sup> MAZZINGHI, Jorge A. Derecho de Familia, Ed. Abaco, Tomo IV, Buenos Aires 1999, n° 653.-

<sup>3</sup> MAZZINGHI, Jorge A. ob. cit. N° 654 y 655.-

<sup>4</sup> MAZZINGHI, Jorge A. ob. cit. N° 654.-

## V

### **LA NECESARIA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL**

De lo dicho precedentemente se desprende que el hijo habido por la mujer casada sin que mediara divorcio, separación personal ni se invocara la separación de hecho, tiene por padre al marido, vale decir que está emplazado en un estado de familia que, conforme a la letra del art. 252 no puede ser sustituido por otro mientras no se deje sin efecto la filiación anterior, a través de la necesaria impugnación.-

Cabe preguntarse, siendo el hijo menor de edad, quien está legitimado para cuestionar la paternidad del marido de la madre.-

Por mi parte estoy convencido de que la propia madre carece de tal facultad. La promoción de la acción por su parte implica la alegación de su propio adulterio en procura de un objetivo que puede ser perjudicial para el hijo cuya representación pretenda invocar.-

Por lo demás, el art. 258 desvaloriza, por razones morales, la confesión materna; pero, además, la impugnación de la paternidad legítima ha de ser demandada también contra la madre, principal interesada en defender la propia honestidad <sup>5</sup>, y mal podría ser ella admitida a promover la acción.-

Ha de tenerse en cuenta que, como lo ha resuelto la Suprema Corte de la provincia, la legitimación activa para impugnar la filiación legítima está circunscripta al padre -y eventualmente a sus herederos- y al hijo <sup>6</sup>. La madre carece de tal acción, y siendo ella condicionante del reclamo de una filiación extramatrimonial, es lógico que también carezca de acción para pretender esta última.-

Mientras el menor sea impúber, estimo que sólo el Defensor podría accionar en su representación para cuestionar su filiación matrimonial, si contara con indicios contundentes, y si así lo considerara conveniente y oportuno, ya sea actuando en forma directa o proponiendo el nombramiento de un tutor.-

La cuestión pudo ser planteada como excepción previa, ya sea por el demandado o por el Defensor, aduciendo la falta de personería y la falta de legitimación, que -esta última como cuestión de fondo- prevé el art. 345 incisos 2° y 3° del Código Procesal de la Provincia.-

Pero lo cierto es que la cuestión no fue introducida al proceso y este continuó su marcha a pesar de las fallas iniciales que comprometían severamente su suerte.-

Como acertadamente dice el Dr. Negri al comienzo de su voto, el juicio "... es una larga serie de desaciertos procesales y sustanciales".-

---

<sup>5</sup> CSJN 28.VII.1957, L.L. 90-616; conf. BUSSO, Eduardo B., "Código Civil Anotado", nota 41 al art. 256; BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Familia n° 682; ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia n° 972.-

<sup>6</sup> SCBA. 5.X.1993, E.D. 157-13 con nota del autor "Legitimación activa para impugnar la filiación legítima".-

## VI

### AUSENCIA DEL PADRE PRESUNTO

El menor que, representado por su madre, aduce las relaciones de ésta con un hombre que no es su marido, y que, para certificar ese aserto agrega cartas de amor cursadas entre los supuestos amantes, no menciona siquiera la existencia del matrimonio entre la progenitora y un tercero.-

Corresponde destacar el rechazo que suscita esta representación de un niño de dos años, a quien la propia madre hablando en su nombre, le hace confesar sus infidelidades y extravíos. El "interés superior del niño", y la posibilidad de ser oído en procesos judiciales a través "de un representante o de un órgano apropiado", que consagran los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) no aparecen contemplados por los tribunales cuyo pronunciamiento debió corregir la Suprema Corte Provincial.-

El marido de la osada actora, a quien el art. 243 del Código Civil atribuye la paternidad del menor, no ha sido citado al juicio, ni como demandado -según lo exige el art. 252 de la ley de fondo- ni siquiera como "tercero", según lo prevén los artículos 90, 91 y 94 del Código Procesal.-

La parte actora no propuso su citación, ni lo hizo la demandada, con lo que la sentencia se dictó sin "la presencia y el control del marido de la madre, siempre indefectiblemente preterido al tratarse de estas relaciones que de un modo tan directo le conciernen", como dice el Dr. Negri en su voto.-

El Ministro Dr. Pettigianni, en su extenso e ilustrado voto señala que tal citación debió hacerse de oficio, basándose en opiniones de Spota y en un fallo de la Cámara de Bahía Blanca, cuya doctrina sustenta a través de un prolijo y erudito estudio digno de ser destacado.-

En todo caso, lo cierto es que el marido de la actora, presunto padre del menor, permaneció ajeno a la litis. Sobre tal base, el Ministro Dr. Negri propone declarar la nulidad de las actuaciones a partir del traslado de la demanda, y rechazarla in limine por ser improponible mientras no se cuestione la paternidad matrimonial que ostenta el menor. Igual criterio sustenta el Ministro Pettigianni.-

## VII

### CONCLUSION

Sobre la base de cuanto queda expuesto, la Corte, sin pronunciarse expresamente sobre la nulidad propuesta por dos de los Ministros, resuelve casar la sentencia recurrida, medida que reviste la energía necesaria para reparar un lamentable extravío del tribunal a-quo.-

No cabe la menor duda de que éste equivocó el camino al acoger una demanda que ostentaba graves

defectos, y que, como dice la Corte, era improponible por razones que derivan de la ley de fondo.-

Pero no es inoportuno repetir que estos falsos caminos que los jueces se sienten, a veces, tentados de recorrer, suelen ser sugeridos por una legislación que no preserva con la convicción necesaria, los valores que afectan a la institución familiar, que ven en la filiación nada mas que la resultante de un proceso biológico cada vez mas desentendido del marco social en el cual debe estar ubicado.-

La desvalorización del matrimonio que se intenta consumir en tantos aspectos, lleva a consideraciones como las formuladas por la sentencia casada, que soslaya la presunción de paternidad marital, aduciendo que ella ha perdido fuerza, pues su fundamento radica en la presunción de fidelidad de la esposa, y este supuesto, aparentemente, debe ceder frente a la invocación por su parte, del adulterio en que ha incurrido, y que confiesa, hablando en nombre de su propio hijo, un menor de dos años a quien procura hacer este regalo siniestro que es emplazarlo en la condición de hijo extramatrimonial de alguien que rechaza dicha paternidad.-

Al contemplar esta situación desde el ángulo de la moral y las buenas costumbres, que de modo tan decisivo enriquecen la perspectiva del jurista, es difícil evitar un sobresalto muy profundo.-

Afortunadamente la Suprema Corte ha actuado con juicio certero, no sólo en cuanto al fondo de la cuestión sino también en cuanto reprocha al tribunal a-quo el olvido de principios que no pudieron ser ignorados al resolver este penoso caso.-