



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Filiación Extramatrimonial

*“Un nuevo proceso especial en el Código Procesal
Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba”*

Sandra Lía Barreto

ABOGACIA

-2013-

El trámite en el proceso de filiación extramatrimonial se haya encuadrado en el proceso de conocimiento ordinario, caracterizado por plazos extensos, largos debates, admisibilidad de toda clase de pruebas, alegatos y numerosas impugnaciones. De este modo las partes involucradas se ven obligadas a respetar sus plazos y exigencias procesales dilatando el tiempo de la sentencia.

Lo cierto es que aunque éstos juicios oscilan entre los cinco y diez años para arribar a una sentencia firme, muchas mujeres acuden a la justicia para lograr el reconocimiento filial de sus hijos.

En virtud de que la prueba biológica de ADN (ácido desoxirribonucleico) presente en este tipo de juicio, señala una pauta precisa, irrefutable e indispensable, porque arroja conclusiones de certeza prácticamente absoluta sobre el vínculo paterno-filial, seguir con el proceso vigente en esta temática, resulta un dispendio temporo-procesal. La propuesta de el juicio abreviado con un procedimiento especial, más ágil y práctico, sustentado en los resultados periciales para las acciones de reclamación de la paternidad, evitando predecibles demoras, pretende demostrar la conveniencia de incorporar en nuestro Código Procesal Civil y Comercial este proceso simplificado.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

The procedure in the process of extramarital filiation is framed in ordinary knowledge process, characterized by extended periods, long debates, admissibility of all the evidence, allegations and numerous challenges. Thus the parties are obliged to respect their deadlines and procedural requirements delaying the time of the judgment.

The truth is that although these trials range from five to ten years to reach a final decision, much women seek justice for the recognition branch of their children.

Given that biological testing of DNA, (deoxyribonucleic acid), present in this type of trial, according to a precise schedule, indisputable and indispensable, because it sheds virtually assured conclusions about the parent-child bond, continue with the current process on this subject, it is a waste temporo-procedural. The proposed shortened trial with a special procedure more flexible and practical, based on the results for the actions of expert claim paternity, avoiding predictable delays, seeks to demonstrate the importance of including in our Code of Civil Procedure and Commercial simplified process.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

INDICE

INTRODUCCIÓN _____	- 1 -
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO _____	- 7 -
1. LA FAMILIA. _____	- 9 -
1.1. Evolución histórica. _____	- 9 -
1.2. Concepto _____	- 10 -
1.3. Estado de familia _____	- 12 -
1.4. Título de Estado _____	- 13 -
1.5. Posesión de Estado _____	- 14 -
2. Evolución del régimen filial en nuestro derecho _____	- 15 -
3. Principios que emergen de la filiación _____	- 16 -
3.1. El Principio de Igualdad _____	- 16 -
3.2. El Principio de la Verdad Biológica _____	- 16 -
3.3. El derecho a la Identidad Personal _____	- 18 -
4. Importancia de la Ley 23.264 _____	- 18 -
5. Determinación de la filiación _____	- 21 -
6. La filiación extramatrimonial _____	- 22 -
7. Paternidad extramatrimonial. Su determinación _____	- 23 -
7.1. Caracteres del reconocimiento _____	- 25 -
8. Capacidad para reconocer _____	- 28 -
8.1. Introito _____	- 28 -
8.1.1. Menores de edad _____	- 28 -
8.1.2. Dementes _____	- 29 -
8.2. Sujeto pasivo _____	- 29 -
8.3. Reconocimiento del hijo fallecido _____	- 30 -
8.4. Reconocimiento del hijo por nacer _____	- 30 -
8.5. Reconocimiento del hijo adoptado por un tercero _____	- 31 -
8.6. Reconocimiento que contradice una filiación ya establecida _____	- 32 -
9. Acciones de filiación. Generalidades _____	- 33 -
10. Legitimación _____	- 35 -
11. Allanamiento _____	- 36 -
12. Prueba _____	- 36 -
13. Sentencias _____	- 36 -
14. Las pruebas biológicas tendientes a determinar la filiación _____	- 37 -
15. Obligatoriedad _____	- 39 -
16. Negativa y compulsión a someterse a la prueba _____	- 39 -

CAPITULO II: ENFOQUE LEGISLATIVO	- 45 -
1. Ámbito Constitucional y Tratados Internacionales	- 47 -
2. Ámbito Procesal	- 51 -
2.1. El Proceso	- 51 -
2.2. Principios del Proceso	- 52 -
2.2.1. Principio de publicidad:	- 53 -
2.2.2. Principio de inmediación:	- 53 -
2.2.3. Principio de bilateralidad:	- 54 -
2.2.4. Principio de autoridad:	- 54 -
2.2.5. Principio de formalismo:	- 55 -
2.2.6. Principio de economía procesal:	- 55 -
2.2.7. Principio de moralidad:	- 56 -
3. Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino	- 59 -
3.1. Proyecto de reforma actual en materia de filiación extramatrimonial	- 59 -
3.2. Críticas y oposición al proyecto de reforma	- 62 -
CAPITULO III: FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO	- 69 -
1. BRASIL	- 71 -
2. PARAGUAY	- 72 -
3. URUGUAY	- 73 -
4. PERÚ	- 73 -
5. COSTA RICA	- 75 -
6. CHILE	- 77 -
CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA	- 79 -
1. Análisis de fallos. Reseña	- 81 -
2. Presupuestos de responsabilidad	- 90 -
2.1. La Antijuridicidad:	- 90 -
2.2. El Daño:	- 91 -
2.3. La Causalidad:	- 92 -
2.4. La Imputabilidad o Factor de Atribución:	- 92 -
CAPITULO V: PROPUESTA PLANTEADA	- 99 -
CONCLUSIONES	- 107 -
BIBLIOGRAFIA	- 115 -
ANEXOS	- 123 -

Introducción

Los hijos extramatrimoniales son los nacidos cuando sus padres no están casados, la ley y la doctrina aceptan esta denominación para aquellos hijos que no han sido legitimados por el matrimonio de sus padres (Méndez Costa, D´ Antonio, 2004).

El tratamiento de la filiación históricamente ha variado, tanto a nivel mundial como en el orden nacional, pasando por diferentes etapas respecto de los hijos extramatrimoniales; negándoles derechos, concediéndoles determinados derechos y finalmente equiparando los derechos y obligaciones para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (Méndez Costa, D´ Antonio, 2004).

Destacamos que nuestro país asumió la obligación de garantizar el emplazamiento filiatorio de su población a través de nuestra ley suprema; que además luego de la reforma de 1994 incorpora, en su art. 75 inc.22, a los Tratados Internacionales; los cuales poseen jerarquía superior a las leyes. El dictado de varias leyes nacionales de gran importancia en materia de filiación, tales como la ley N° 23.264, la creación de la ley N° 23.511 y la ley N° 26.061, son una sensible muestra de ello (Lloveras y Salomón, 2009).

A partir de 1985 en Argentina la Ley 23.264 introdujo significativas reformas obteniendo una equiparación completa de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio dejando atrás las absurdas valoraciones. En 1987 se dictó la Ley 23.511 que organiza el Banco Nacional de Datos Genéticos, creada auténticamente para favorecer la búsqueda e identificación de hijos/as de desaparecidos, sin embargo, ésta cumple funciones más amplias, aplicable en todo juicio que se discuta la filiación que en su art. 4° establece: *“Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de*

una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” (Belluscio, 2004).

No obstante los avances, el proceso de filiación extramatrimonial en Argentina debe tramitarse mediante juicio ordinario siempre y cuando el presunto padre no reconozca voluntariamente a su hijo. De esta manera la legislación procesal actual encuadra las acciones de filiación extramatrimonial dentro de los procesos ordinarios, precisamente no caracterizados por su celeridad y pragmatismo, obligando a las partes involucradas a respetar sus plazos y exigencias procesales, dilatando la solución a la controversia planteada. Aunque estos juicios contemplan términos más amplios, acompañados de complejidades con retardos importantes en tiempo -por lo general oscilan entre los cinco y diez años- hasta la obtención de una sentencia firme, las demandas no cesan de promoverse.

Dentro del desarrollo de este trabajo trataremos de responder: ¿el proceso ordinario vigente por el que se tramita el juicio de filiación, es el más apropiado para tutelar oportunamente las necesidades individuales y sociales relacionadas con la filiación extramatrimonial?.

Por consiguiente, la temática abordada, pretende demostrar la conveniencia de incorporar en nuestro Código Procesal Civil, un nuevo proceso declarativo especial para las acciones de filiación extramatrimonial, dejando de lado, aquellos extensos procesos ordinarios evitando las predecibles demoras, sin afectar el derecho de

defensa que ampara a todo ciudadano, conforme lo normado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Proponemos un nuevo procedimiento simplificado de filiación extramatrimonial que incluya la prueba de ADN *ab initio* como valioso recurso para la administración de justicia expedita, con acortamiento de los plazos y características propias que eliminaría interminables procesos asistidos de argucias legales, trámites comprometidos, fastidiosos y hasta denigrantes por los que un hijo y una madre deben pasar simplemente para que a ambos se les reconozcan sus derechos.

Varios son los motivos que sostienen esta postura; por un lado la intervención de la ciencia médica, que acorde al desarrollo de la humanidad, impuso el avance y perfeccionamiento del Derecho, agregando un medio de prueba independiente y estricto como lo es la pericia. Este progreso revela la presencia de nuevas herramientas de mayor trascendencia, como las pericias científicas y más específicamente la designada pericia genética de ADN (Belluscio, 2004).

La investigación de la filiación desde épocas ancestrales, no ha tenido un trato justo, por diversas causas; entre ellas la falta de certeza, que tornaba imposible probar el nexo biológico, por consiguiente lograr la convicción del juez de que la filiación era verídica resultaba quimérico (Belluscio, 2004).

Actualmente el hecho de la procreación ha dejado de ser incierto, dubitativo, vacilante. No es necesario, tal como ocurría en tiempos pasados acreditar el vínculo con testigos, familiares, amigos, documentos o fotografías puesto que ninguno de ellos puede garantizar el nexo parental tan cabalmente como la prueba de ADN; que constituye una verdad biológica coincidente con la verdad formal (Borda, 1993).

Asimismo posturas doctrinarias consideran que “*el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial*”, tanto que la imparcialidad y exactitud de sus deducciones confieren plena convicción al juez (Méndez Costa, D´ Antonio, 2001, p.124).

Por sus circunstancias, debemos explicar que no se trata de un juicio de peritos, sino una tarea en la que el juez hallará la solución según las reglas de la sana crítica; correspondiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario sería más cómodo, más rápido y barato permitir que los peritos se pronuncien en sentencias de filiación (Di Lella, 1997).

Procesalistas como Arazi, señalan que desechar las pruebas biológicas es poco más que impracticable -o sumamente dificultoso-, pues no pueden enfrentarse a esas pericias otros elementos que no tengan igual grado, y el mismo rigor científico (Arazi, 1986).

Cabe destacar que la cuestión de familia en nuestra sociedad reviste capital importancia; puesto que la posición familiar que un individuo ostenta, lo hace gozar de un estado de familia determinado que repercutirá notablemente en el aspecto jurídico; de relaciones sociales; patrimoniales e individuales.

Del mismo modo la sociedad en su conjunto está interesada en que un tema tan delicado sea resuelto y tutelado rápidamente en el ámbito de la justicia; siendo que esta cuestión excede lo meramente individual, y se torna, indudablemente, de interés público (Méndez Costa, D´ Antonio, 2001)

La filiación como derecho fundamental requiere amparo y salvaguardia por parte del estado, puesto que ella concede a todo individuo el derecho a que se investigue la paternidad, el derecho a conocer el origen biológico, vinculado al

derecho a la identidad, asunto enfatizado entre nosotros por la aterradora realidad de los hijos de desaparecidos (Méndez Costa, D' Antonio, 2001).

En síntesis, creemos que la propuesta planteada apunta a que la filiación sea resuelta con criterio real, acorde a nuestros tiempos, apartándose de rigorismo formales extremados que violentan principios primordiales que respaldan los procesos de familia ; y así proteger los derechos de los hijos y en general de toda la familia, a los fines de lograr tutelar intereses de las partes vulnerables, valiéndose de los avances de la ciencia, al inicio de promovido el juicio, dando por satisfechas las expectativas individuales y sociales comprometidas, teniendo en cuenta que la mayoría de estos litigios se resuelven acudiendo a la indubitable prueba biológica de ADN, y que ésta goza de fuerza procesal -como presunción- tanto que la negativa de una de las partes a someterse al análisis acarrea prueba en su contra.

CAPITULO I

Marco Teórico

La Familia.

1.1.Evolución histórica.

Si bien los orígenes de la especie humana resultan un misterio, podemos señalar tres grandes etapas o fases en la organización familiar; el clan, la gran familia y la pequeña familia (Borda, 1993).

En la primera, la sociedad estaba constituida por una agrupación familiar bajo la obediencia de un jefe en común, con organización político-social y económica. Posteriormente la multiplicación de sus miembros, el avance la cultura, y las guerras determinaron su decadencia (Borda, 1993).

En la segunda etapa el poder político es tomado por la aparición del estado produciéndose el esplendor de la familia. Formada por la familia romana primitiva. El pater-familiae gobernaba a su mujer, los hijos, parientes y esclavos, tenía poder absoluto sobre la vida y lo bienes de los integrantes de la familia siendo señor, magistrado y pontífice (Borda, 1993).

La familia generaba sus recursos para su subsistencia, en consecuencia era autosuficiente. Con el transcurso del tiempo diversos factores fueron diezmando el sistema. El crecimiento de la fortuna y las necesidades, el intercambio, la producción, la especialización y consumo de bienes hicieron que las funciones que pesaban sobre la familia fueran transferidas a mercaderes corporaciones y más tarde a organizaciones capitalistas y al estado (Borda, 1993).

Además el poder del pater-familiae se tornó intolerable. La mujer lentamente fue logrando conquistas jurídicas. La influencia del cristianismo cambio el concepto de patria potestad. La abolición de la esclavitud y la emancipación de los hijos

redujeron el poderío de la familia. El estado asume determinadas funciones de educación, salud, dispensando a la familia en ciertos quehaceres (Borda, 1993).

La última etapa evolutiva de la familia, se halla circunscripta a su función biológica y espiritual, no es una unidad política y económica. Formada solamente por padres e hijos, es la pequeña familia, es el foco de procreación, de formación moral, de solidaridad y asistencia recíproca (Borda, 1993).

1.2. Concepto

La Constitución argentina de 1853, no se refiere a la familia, consecuentemente con la ideología de la época la cual consideraba a la sociedad integrada por individuos aislados. Posteriormente la Constitución de 1949, reconoce a la familia, como el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Finalmente la Constitución de 1957 introduce el artículo 14 bis garantizando la protección integral de la familia (Méndez Costa, y D´ Antonio D.H. 2001).

La familia, según lo define Francisco Ferrer¹ puede formularse desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista sociológico. La perspectiva jurídica propone un concepto amplio: *“familia es el conjunto de personas entre las que existen relaciones jurídicas que proceden del matrimonio o del parentesco abarcativa de vínculos: conyugales, paterno-filiales y parentales”*, abarca no solo la familia legítima sino también a la extramatrimonial en la relación paterno-filial. Este concepto incluye también a la familia adoptiva, creada por la ley, sin reparar en la cuestión biológica. Esta visión jurídica contiene tres tipos de familia: legítima, extramatrimonial y adoptiva

¹Francisco A. M. Ferrer. *Introducción al derecho de familia*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1447/3.pdf>

La perspectiva sociológica, planteada por Ferrer, limita el concepto de familia al núcleo paterno-filial, denominada pequeña familia o familia nuclear, compuesta por el padre, la madre y los hijos no emancipados o que están bajo su potestad. Esta visión sociológica derivado de la atención social, cobra significado en las Constituciones modernas y Declaraciones internacionales que obligan al Estado la protección y la defensa de la familia.

El concepto de familia posee varias acepciones:

- **En sentido amplio:** caracterizada como el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar; teniendo en cuenta dos puntos de vista: a) jurídico y sociológico (Bossert y Zannoni, 2005). Estas posturas coincidentes con las perspectivas de Ferrer, mencionada supra.
- **Sentido restringido:** aquella agrupación formada por el padre, madre y los hijos que convivan con ellos o se encuentren bajo su patria potestad (Bossert y Zannoni, 2005).
- **Sentido intermedio:** grupo social integrado por personas que viven en una misma casa bajo la autoridad del señor de ella. Este era el sentido de la familia romana en su primer etapa (Bossert y Zannoni, 2005).

Por su parte, Fanzolato define el concepto de la siguiente manera: *“es una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de las relaciones intersexuales que genera la convivencia (matrimonial o de hecho) y los vínculos de sangre o nexos biológicos”* (Fanzolato, 2007, p.27).

1.3. Estado de familia

Según lo definen parte de nuestra doctrina, el estado de familia *“es un atributo de las personas de existencia visible, que resulta entonces inescindible de la persona misma, y por lo tanto inalienable e irrenunciable”* (Bossert y Zannoni, 2004, p.25).

Otro sector sostiene que *“el estado es la posición jurídica que las personas ocupan en la sociedad; esa posición le es dada por el conjunto de calidades que configuran su capacidad y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos”* (Borda, 1993, p.31).

Para el citado autor Borda, el estado de familia puede apreciarse desde tres planos:

- a) relacionado a las personas consideradas en sí mismas (por su mayoría o minoría de edad, por sexo, por ser sano o enfermo, etc.);
- b) relacionado a la familia (por su estado civil, progenitor o hijo);
- c) relacionado a la sociedad (nacional o extranjero). Todos ellos configuran el estado de una persona.

Entonces, el estado de familia o la posición que un individuo ocupa interiormente en ella, cobra una especial trascendencia. Los más significativos y complejos problemas jurídicos se tornan respecto de él; llegando al extremo, que ciertos autores admiten que la noción de estado debe restringirse al de familia (Borda, 1993).

1.4. Título de Estado

En sentido amplio podemos definir al Título de estado como “*el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos con los cuales se acredita el estado de familia de una persona*” (Méndez Costa, Ferrando, Cadoche de Azvalinsky, D’ Antonio, Ferrer, Rolando, 2004, p. 55).

Para algunos autores son las partidas del Registro Civil, que se añaden a las sentencias judiciales, las que ubican a una persona en un estado determinado de familia. Efectivamente, una sentencia firme que admite el emplazamiento del estado de hijo, constituye el título aún cuando no esté inscrita en el Registro Civil (Méndez Costa, et. at., 2004).

La inscripción en el Registro Civil responde a un ordenamiento administrativo que asegura la prueba y la publicidad del estado de familia. Su falta en el registro no quita al acto calidad ni efectos que, por sí mismo, habilita a ejercer derechos con solo exhibirlo (Méndez Costa, et. at., 2004).

Asimismo sucede con la escritura pública que contiene el reconocimiento del hijo, ya que la misma hace plena fe y es irrevocable. De igual manera se considera al testamento por acto público y a los testamentos ológrafos cerrados que fueran protocolizados (Méndez Costa, et. at., 2004).

Como resultado de lo antedicho, podemos afirmar que es título de estado matrimonial la partida de matrimonio o la sentencia que declara comprobada la existencia del matrimonio; la partida de matrimonio de los padres y la de nacimiento del hijo acreditan el estado de hijo legítimo; la partida de nacimiento y el instrumento público realizado por progenitor o la sentencia judicial que admite la filiación,

confirman el estado de hijo extramatrimonial, y la sentencia de adopción la de hijo adoptivo (Méndez Costa, et. at., 2004).

1.5.Posesión de Estado

La posesión de estado de familia es de goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar y por la cual se ejercen los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de quién lo ejerza tenga o no el título de estado correspondiente (Fanzolato, 2007).

La doctrina mayoritaria la consideraba como un reconocimiento de hecho el del hijo extramatrimonial; para otros es un simple hecho. Lo cierto es que *“la posesión de estado es el goce de hecho de determinado estado de familia, con título o sin él”* (Belluscio, 2004, p.299).

No existe necesidad que la posesión haya ocurrido durante toda la vida del padre o madre; es suficiente que se haya mantenido en un período de tiempo (Belluscio, 2004).

Puede pasar que una persona ejerza, en los hechos, derechos y deberes sin título. Tal es el caso de una persona que recibe públicamente el trato de hijo por alguien que asevera ser su padre. Idéntica condición aparece en los concubinos, que dicen ser marido y mujer y públicamente se comportan como tales, pero sin constituir matrimonio (Bossert y Zannoni, 2004).

En estos casos existe posesión de estado, sin embargo no hay un estado de familia. La posesión de estado tiene relevancia jurídica, porque permite a la ley presumir la existencia de los presupuestos sustanciales del estado (Bossert y Zannoni, 2004).

Se sostiene que existe la posesión de estado, aun cuando no haya un estado de familia, y por la cual la ley presume que aquellas personas que en ciertas situaciones se comportaron públicamente como si estuvieran emplazadas en el estado de familia reconociéndoles a través de esa conducta, la existencia de los presupuestos sustanciales de dicho estado (Bossert y Zannoni, 2005).

Nuestro C.C. en su art. 256 dice: *“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”*.

2.Evolución del régimen filial en nuestro derecho.

En un principio, nuestro Código Civil solo regulaba la filiación por naturaleza, legítima o ilegítima, según si existía o no matrimonio de los padres a la época de concepción o bien en su legitimación por el matrimonio posterior. Hijos ilegítimos eran aquellos concebidos fuera de las nupcias; donde se distinguían cuatro categorías: a) **hijos naturales**: nacidos fuera del matrimonio de los padres; b) **hijos incestuosos**: nacidos de padres que tenían impedimento para contraer nupcias por parentesco; c) **hijos sacrílegos**: aquellos nacidos de padres ligados por el voto solemne de castidad en orden religioso; d) **hijos adúlteros**: los nacidos de aquella pareja donde ambos o al menos uno tenía impedimento para contraer matrimonio por encontrarse ligado a otro anterior (Krasnow, 2005).

Vélez Sarsfield siguiendo el esbozo de Freitas sostuvo en el art. 365 C.C. que *“los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos...”* que luego ha de revertir en materia hereditaria donde confería tales derechos al hijo

natural privilegiando de esta manera la filiación legítima en materia hereditaria. Empero respecto la filiación ilegítima suprimió toda investigación de la paternidad y maternidad de los hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos excluyéndolos de la familia de su padre o madre en caso de reconocimiento voluntario y en la negativa de reconocerles vacación hereditaria (Zannoni, 1989).

3. Principios que emergen de la filiación.

3.1.El Principio de Igualdad

Para este principio resulta irrelevante que la filiación acaezca dentro o fuera del matrimonio ya que lo que interesa es la protección de los derechos del hijo. El establecimiento de la calidad de hijo atañe al estado civil de la persona y en razón de ello se estructura con reglas estrictas y precisas; así pues, la paternidad matrimonial permite ser fijada en razón de presunciones tal lo establece nuestro Código Civil en su artículo 243 al decir que se presumen hijos del marido los nacidos dentro del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. En cambio, tratándose de filiación extramatrimonial es la ley quien la fija ya sea por el reconocimiento del padre o por la sentencia dictada en juicio que establezca la filiación (Lloveras, 2007).

3.2. El Principio de la Verdad Biológica

Este principio, arraigado en la ley 23.264 busca la coincidencia de la filiación por naturaleza con el vínculo biológico y despertando la discordia entre la realidad biológica y la realidad jurídica, entre la procreación y la filiación. A favor de este principio han sido de gran utilidad los avances y progresos de la medicina en cuanto las pruebas biológicas para la determinación de la filiación ya que el principio

de la verdad biológica adquiere mayor relevancia en la determinación judicial que ordena dichas pruebas las cuales pueden, incluso, decretarse de oficio (Lloveras, 2007).

Como bien lo ha expresado la distinguida Angelina Ferreyra de de la Rúa², en nuestro país, a partir de las numerosas reformas legislativas, se apuntaló a facilitar el conocimiento del origen biológico a la luz de los avances científicos; tal el debate sobre el valor de la negativa a someterse a las pruebas genéticas del supuesto padre donde este aspecto cobra vital importancia como bien lo expresa el art. 4 de la ley 23.551 al establecer que la conducta renuente del supuesto progenitor, ante la necesidad de determinar la filiación mediante dicho examen, será calificada como indicio contrario por el juez (Ferreyra de de la Rúa, 2011).

Continuando con la citada autora³observamos que, por una parte se autoriza al juez para ordenar de oficio pruebas biológicas; por la otra se le asigna valor a la negativa del afectado a someterse a ellas. Esta actitud es considerada inicialmente como indicio contrario al renuente se valoriza por la vigencia de la regla en la tarea de los tribunales. Pero, en el momento actual, se da valor probatorio pleno a la negativa y por otra parte se genera en los tribunales la tendencia de admitir la extracción compulsiva de sangre. Cabe señalar en este aspecto lo resuelto por la Comisión de Jóvenes del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal arribó a la conclusión de que *“la extracción compulsiva de material genético debe ser receptada legislativamente no sólo en los procesos penales sino también en los civiles de*

² Comentario de Angelina Ferreyra de de la Rúa. *Importancia de los principios en el proceso familiar*. Publicado en Semanario Jurídico N° 1815.

³Angelina Ferreyra de de la Rúa. *El proceso de familia. Principios que lo rigen*. http://www.aadproc.org.ar/pdfs/Ponencias/Proceso_de_Familia_delaRua.pdf

filiación. En estos casos debe prevalecer el interés superior del niño a conocer su identidad consagrado constitucionalmente por la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño”.

3.3. El derecho a la Identidad Personal

Según disposición de la ley 26.061 “*las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia*”, dicho precepto es consagrado de manera terminante en la Convención sobre los Derechos del Niño y en razón de ello la jurisprudencia nos advierte las frecuentes demandas de declaración de certeza que buscan declarar que una persona tiene vínculo biológico de hijo respecto de otra tendiente a conocer sus orígenes pero sin modificar el estado de familia actual (Lloveras, 2007).

4. Importancia de la ley 23.264

Sancionada en el año 1985, esta ley termina con el sistema de discriminación basado en el nacimiento dentro o fuera del matrimonio, centrando su interés a favor del hijo. Su actual redacción regula en el art. 240 del C.C. la filiación por naturaleza y la filiación por adopción; aclarando que todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales y adoptados bajo la forma plena) tienen igualdad ante la ley, produciendo los mismos efectos las distintas clases de filiación (Krasnow, 2005).

El régimen vigente de la ley referida en prosa, se sirve de dos principios rectores que funcionan como pilares fundamentales:

A) La igualdad como principio normativo: este principio comprende dos dimensiones **a)** los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales son titulares de los mismos derechos y ostentan idéntica protección legal; y **b)** tienen derecho de acceder a su verdad completa – materna o paterna – en todo tiempo (Krasnow, 2005).

B) El respeto de la verdad biológica: que tiene en miras obtener concordancia entre el vínculo que se crea entre la filiación por naturaleza con el vínculo biológico que resulta de la procreación (Krasnow, 2005).

La mencionada ley dispone en su art. 21 *“siempre que en el Código Civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos, la situación de aquéllos deberá ser equiparada a la de éstos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Civil; y cuando en los mismos textos se aluda al padre en ejercicio de la patria potestad, deberá entenderse que tal ejercicio corresponderá en lo sucesivo a los padres conjuntamente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 264 y siguientes del Código Civil”*.

Retomando el precepto de la ley citada supra, advertimos que esta se extiende a todas las acciones de filiación que fueran posteriores a su entrada en vigencia, toda vez que favorece el emplazamiento filial extramatrimonial y en razón de ello los nuevos preceptos deben ser aplicados en todos los casos planteados, máxime cuando estos tienden a favorecer el derecho a la identidad personal del hijo, que comprende el derecho a saber quiénes son sus padres. En definitiva, podemos

sostener que más allá de las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad personal obliga a la lectura de nuestro orden constitucional, el cual se proyecta como modelo de Estado constitucional de derecho (Famá, 2001).

No podemos dejar de señalar la ley 26.061 de 2005 la cual tiene por objeto proteger de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes y con la cual se declara que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño es obligatoria en todo acto ya sea judicial, administrativo o de cualquier índole respecto de aquellas personas hasta 18 años de edad, garantizando así el resguardo en interés del niño (Lloveras, 2007).

Ahora bien, queremos traer a colación breves palabras referidas al derecho a la intimidad del demandado:

Conforme lo redacta el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, este derecho comprende lo íntimo, la esfera privada, la personalidad. Esta potestad se exterioriza en el mando que un individuo tiene sobre su integridad física, su honor, su intimidad, su vida. No obstante, el derecho a la intimidad reconoce límites, si se lo interpretara en términos absolutos, sería insostenible, ya que éste cede ante la moralidad públicas, los procesos criminales, la salud, los derechos y libertades de los individuos, ante la seguridad nacional y ante la defensa del orden público (Fernández Sessarego, 1992).

Respecto a esta cuestión, creemos que no puede admitirse como afectación a la intimidad el sometimiento de un individuo a análisis de ADN teniendo en cuenta que la muestra se puede colectar no solo con la extracción de sangre, sino también por otros procedimientos tales como el hisopado bucal, cabellos, uñas, incluso el examen

de objetos cotidianos utilizados por la persona (Mazzota, 2000). La excusa de disponer del propio cuerpo - preservando la esfera de la intimidad - no puede tener lugar, cuando el demandado busca ejercer una acción abusiva evitando prestar su colaboración para cumplir con una prueba sencilla, rápida, indolora y prevista por ley (Borda, 1992).

5. Determinación de la Filiación.

El término *determinar* alude a señalar jurídicamente quiénes son los padres de una persona, quedando asentado en el registro correspondiente el vínculo jurídico que surge como consecuencia de la procreación humana (Krasnow, 2005).

La determinación de la filiación puede tener su origen en tres fuentes: a) *legal*, cuando la propia ley da las bases respecto a ciertos presupuestos de hecho; b) *voluntaria*, aquella que se atribuye al reconocimiento del hijo de manera expresa o tácita; y c) *judicial*, declarada por sentencia cuando no ha sido reconocida la filiación (Famá, 2011).

De lo dicho coincidimos con doctrina al decir que “*el derecho a la filiación no es solamente un derecho a la verdad, es también -en parte- un derecho a la vida, al interés del niño, a la paz de las familias, a las afecciones, a los sentimientos morales, al orden establecido, etc.*” (Krasnow, 2005, p. 15).

6. La Filiación extramatrimonial.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es considerado un acto jurídico de carácter familiar mediante el cual una persona reconoce que otra es hijo

suyo. En adelante haremos distinción respecto la determinación de la maternidad extramatrimonial y la paternidad extramatrimonial (Méndez Costa, D'Antonio, 2004).

Precisamos que tal reconocimiento es considerado un acto jurídico conforme lo dispone el art. 944⁴ C.C. ya que tiene por fin inmediato producir el efecto jurídico del emplazamiento del reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y el de éste respecto de su padre o madre, otorgando juridicidad a la relación biológica materno o paterno filial (Méndez Costa, D'Antonio, 2004).

Por su parte, Borda considera que no existe voluntad negocial encaminada a crear derechos u obligaciones, sino que lo que en realidad se vislumbra en una simple afirmación de paternidad que produce efectos *ex lege* por quien la declare (Méndez Costa, D'Antonio, 2004).

A partir de la reforma se aplica idéntico criterio para determinar la filiación materna sea matrimonial o extramatrimonial. Siguiendo la disposición del art. 242⁵C.C. el vínculo materno queda establecido por el parto y éste se prueba por el certificado del médico u obstetra que atendió a la mujer conjuntamente con la ficha de identificación del recién nacido (Krasnow, 2005).

Para garantizar la verdad en la determinación del vínculo de filiación y en caso de no haberse efectuado la inscripción por alguno de los padres, ésta deberá serles notificada a los fines que tomen conocimiento y poder impugnar la maternidad en caso de quererles adjudicar un hijo que no es tal (Krasnow, 2005).

⁴. Art. 944: “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

⁵. Art. 242: “la maternidad quedará establecida aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se le atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

7. Paternidad extramatrimonial. Su determinación.

A diferencia de la determinación de la maternidad, que se determina por el parto, la paternidad extramatrimonial, en cambio no puede inferirse *a priori* y en razón de ello el art. 247 C.C. enuncia que la misma “*queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal*” (Zannoni, 1989).

Si bien la filiación extramatrimonial carece de elemento objetivo que sea capaz de atribuir el hijo a una determinada persona; pese al principio de no discriminación en cuanto a hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, lo cierto es que estos últimos son pasibles de dificultades respecto al emplazamiento paterno filial; pese al progreso introducido por la ley 23.264 tendiente a facilitar el emplazamiento filial extramatrimonial sabido es que nuestro sistema vigente requiere para determinar la paternidad extramatrimonial dos modalidades: **a)** por reconocimiento voluntario y **b)** la sentencia judicial orientada a la acción de reclamo filiatorio (Famá, 2011).

Respecto el reconocimiento de la filiación, nuestro Código Civil expresa que el reconocimiento del hijo resultará:

Art. 248: 1º: “*de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;*

2º: *de una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;*

3º: *de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental”.*

Art. 249: *“el reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo...”*.

Art. 250: *“en el acto de reconocimiento, es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto...”*

El reconocimiento, es un acto jurídico familiar cuyo fin inmediato es emplazar al reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente. Sin embargo advertimos -en concordancia con doctrina- que como acto voluntario que es y al no estar sujeto a diligencias previas, podría acarrear consecuencias que se alejan del enlace entre lo biológico y lo jurídico cuando tal manifestación de voluntad emane de quien en realidad no es el padre biológico. Ante tal situación el remedio legal será la acción de impugnación del reconocimiento (Krasnow, 2005).

La paternidad extramatrimonial, podrá ser voluntaria o forzosa. Ya sea que el supuesto padre haga de manera voluntaria el reconocimiento o en su caso sea emplazado judicialmente. Para este último caso, no es menester entablarla conjuntamente contra ambos padres – lo que si debe observarse en materia de filiación matrimonial – ya que en virtud del carácter divisible la acción puede incoarse en contra de uno solo de los progenitores (Lloveras, 2007).

7.1. Caracteres del reconocimiento

Como acto jurídico, del cual emana la voluntad del reconociente, resultan de aplicación los principios generales y normas específicas que reglamentan el reconocimiento. En razón de ello mencionamos los siguientes:

Voluntario: el reconocimiento emana de la declaración de voluntad del reconociente (Krasnow, 2005).

Unilateral: tal lo dispone el art. 249 C.C. al disponer que para su perfeccionamiento no requiere de la aceptación por parte del hijo. Y su individualidad se confirma respecto el enunciado del art. 250 C.C. cuando prohíbe declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo a no ser que esa persona ya lo haya reconocido o lo haga en el mismo (Krasnow, 2005).

Respecto este carácter de unilateralidad, hacemos la salvedad de lo dispuesto en el art. 1881, inc.6° C.C. que admite otorgar poder especial para el reconocimiento de hijos naturales (Krasnow, 2005).

No vinculante: refiere a que el reconocimiento no se traslada respecto del otro progenitor –solo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre lo es para reconocer su maternidad-. Cuando alguno de ellos no haya hecho el reconocimiento de su hijo, será posible de demanda judicial para obtener el emplazamiento filial (Krasnow, 2005).

Puro y simple: el acto de reconocimiento no se sujeta a modalidad de plazo, condición o cargo (Krasnow, 2005).

Irrevocable: tendiente a garantizar la seguridad jurídica y el vínculo biológico, se dispone que el reconociente no puede dejar sin efecto su declaración de voluntad (Krasnow, 2005).

Respecto a los caracteres del acto de voluntad de reconocimiento, haremos referencia a los efectos que ello produce:

Declarativo de estado: la filiación no surge con el acto de reconocimiento que haga el reconociente, sino con el hecho biológico que dio lugar a la procreación (Krasnow, 2005).

Retroactivo: el acto de reconocimiento produce efectos retroactivos a la época de la concepción (Krasnow, 2005).

Produce el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial: en este sentido el principio general establece que toda persona es pasible de reconocimiento en caso de no tener acreditada su filiación con otra persona (Krasnow, 2005).

En este punto destacamos lo referido en el art. 250 C.C. al decir que *“no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación en la filiación establecida”*.

Constitutivo del título de estado de hijo extramatrimonial: desde el momento que se realiza la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el estado de familia será oponible *erga omnes* (Krasnow, 2005).

Formal: el art. 248 del C.C. enumera las formas de reconocimiento al disponer: *el reconocimiento del hijo resultara: 1) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; 2) de una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; 3) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.*

En razón de lo expuesto, la doctrina no es pasible a la hora de conferir título de estado al hijo, amén de haber cumplido con las formalidades exigidas por ley. En

este sentido destacamos la opinión del Dr. Zannoni quien entiende que debe distinguirse el reconocimiento que por sí mismo es constitutivo de emplazamiento – como acto jurídico que emplaza al reconocido en estado de hijo – de aquel que trasciende como presupuesto para la constitución de dicho emplazamiento – es decir, aquella manifestación expresa de voluntad en la cual una persona se atribuye el vínculo filiatorio con el hijo (Famá, 2011).

Para Zannoni, el acto por el cual se emplaza al reconocido en estado de hijo es únicamente el que se realiza ante oficial público en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La diferencia que marca el autor refiere al título de estado en *sentido sustancial* – por el cual se emplaza al hijo en el estado de familia con el reconocimiento expreso de su progenitor; y en *sentido formal* – como instrumento público que permite oponer *erga omnes* dicho emplazamiento -; para Zannoni aquel reconocimiento que se haga debe contener la sugerida oponibilidad ya que faltando esta no podrá caracterizarse el referido estado de familia (Famá, 2011).

Concluye el autor mencionado, que en nuestro ordenamiento son títulos de estado oponibles las actas o partidas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y aquella sentencia judicial respecto al reclamo de estado de hijo y con la cual la inscripción que de ella se haga en el mencionado registro cumplirá la función de publicidad de título, tal como se describió el *aspecto formal* explicado supra (Famá, 2011).

Lo cierto es que en nuestro derecho solo otorgan título de estado suficientes para oponer en plenitud el estado de familia, las actas y partidas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Famá, 2011).

8. Capacidad para reconocer

8.1. Introito

Siguiendo lo dispuesto por nuestro Código Civil art. 286, la capacidad para reconocer un hijo se adquiere a los catorce años, en consonancia con la regla que fija el discernimiento para los actos lícitos a partir de esa edad (Krasnow, 2005).

Lo antedicho ha sido materia de debate en doctrina. Nuestra postura es coincidente con la disposición del Código Civil en cuanto la misma queda avalada por la Convención sobre los Derechos del Niño donde consagra el derecho a la identidad del menor.

8.1.1. Menores de edad

Nuestro ordenamiento cuenta con normas disimiles; por un lado el art. 286 del C.C. respecto el cual estipula la edad mínima de 14 años para adquirir capacidad respecto a reconocer un hijo al decir: *“el menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar”*.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial importa trasladar al ámbito jurídico la realidad biológica y en razón de ello la ley no debe obstaculizar tal reconocimiento, permitiendo al interesado poder realizarlo desde que ha tenido aptitud para concebir (Famá, 2011).

A su vez, el Congreso de Derecho de Familia en 1986 sostuvo que: *“no deben imponerse obstáculos legales para el reconocimiento del hijo, fundados en la edad del reconociente, sin perjuicio que se adopten recaudos referidos al representante legal, o subsidiariamente, la autorización judicial”* (Famá, 2011, p. 176).

8.1.2. Dementes

La doctrina, en opinión mayoritaria, considera la posibilidad de reconocimiento durante un intervalo lucidos a aquellos dementes declarados tales en juicio. Para Azpiri cabe la posibilidad de reconocimiento cuando el intervalo de lucidez sea lo suficientemente prolongado pese a no haberse levantado la interdicción judicial; Belluscio por su parte considera que la naturaleza del acto jurídico familiar es razón suficiente para apartarse de los principios generales referidos a capacidad; y autores como Krasnow, con quien coincidimos desde esta obra, justifica y avala el interés del hijo y su derecho a obtener un estado filial pleno (Famá, 2011).

8.2. Sujeto pasivo

La regla general es que toda persona puede ser reconocida; para ello deben verificarse dos requisitos:

a) *Posibilidad física o natural que el reconociente sea la madre o el padre del reconocido:* esta cuestión está necesariamente supeditada a una diferencia de edad mínima entre reconociente y reconocido que haga presumir o permita inferir la posibilidad biológica de la relación filial (Famá, 2011).

b) *Posibilidad jurídica del emplazamiento del estado de hijo extramatrimonial:* conforme lo expresa el art. 250 del C.C. en su última parte al decir: “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” (Famá, 2011).

8.3. Reconocimiento del hijo fallecido

El art. 249 del C.C. en su última parte expresa “*el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama*”; la norma contempla, entonces, la posibilidad de reconocer al hijo luego del fallecimiento, sin embargo prevé como consecuencia una especie de sanción respecto del reconocimiento *post mortem*, del cual deriva la exclusión de la vocación sucesoria del reconociente y demás ascendientes en su rama (Famá, 2011).

Tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en admitir la vocación hereditaria siempre que haya mediado posesión de estado de hijo debidamente acreditada en juicio (Famá, 2011).

8.4. Reconocimiento del hijo por nacer

Ante la ausencia de una norma prohibitiva, la doctrina se ha inclinado a favor del reconocimiento del hijo por nacer fundando tal decisión sobre la base de su reconocimiento como persona desde el momento mismo que se verifica la concepción. Esta postura evidencia el interés superior por el niño y en la necesidad de reconocimiento de su identidad biológica favoreciendo el emplazamiento filial y evitando a la vez, un posterior reclamo al nacimiento mediante de una acción de reclamación de filiación (Famá, 2011).

Este reconocimiento deberá hacerse mediante algunas de las formas prescriptas en el art. 248 incs. 1º y 2º del C. C. que como ya hemos señalado, para ser oponible *erga omnes* deberá realizarse la inscripción correspondiente en el Registro Civil (Famá, 2011).

Respecto a la prohibición del art. 250 del C.C. en cuanto: “*en el acto de reconocimiento, es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo...*”, Grosman considera que la necesaria identificación de la madre para el reconocimiento del hijo, no transgrede a la norma que prohíbe declarar el nombre del otro progenitor; debido a que aquella proviene de un hecho objetivo que es el parto, en cambio la inscripción del reconocimiento se efectúa a pedido de quien presente el certificado correspondiente otorgado por médico u obstetra que acredite el nacimiento (Famá, 2011).

Esta es la tendencia adoptada por el art. 33 de las normativas básicas del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas del gobierno de la ciudad de Buenos Aires según el cual: “*toda vez que se pretenda reconocer a un hijo por nacer, se deberá acompañar certificado médico que acredite el embarazo de la madre, debiéndose individualizar a ésta con todos los datos identificatorios que se requieren para la inscripción del nacimiento*” (Famá, 2011, p. 200).

8.5. Reconocimiento del hijo adoptado por un tercero

El reconocimiento de un hijo biológico dependerá según el tipo de adopción que este hubiera recibido por un tercero. Si la adopción fue *plena* el C.C. dispone en su art. 327: “*después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos en el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 323⁶*”. En cambio

⁶ Art. 323 Cód. Civil: “*la adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de*

si la adopción es *simple* no se interrumpe el vínculo con la familia de origen y por lo tanto es viable el reconocimiento conforme lo expresa el art. 336 del C.C. al decir: *“después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el art. 331⁷”* (Famá, 2011).

8.6. Reconocimiento que contradice una filiación ya establecida

En virtud de la incompatibilidad dispuesta por ley, la inscripción de reconocimientos sucesivos de una misma persona o de un reconocimiento de quien ya tuviera maternidad o paternidad establecida, será nula – art. 1044 C.C. – y de nulidad absoluta – art. 1047 – en tanto vulnera el principio de nulidad del estado de familia (Famá, 2011).

De lo antedicho no podemos dejar de mencionar lo establecido en nuestro Código Civil, última parte del art. 250, que establece: *“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”*.

ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico”.

⁷ Art. 331 Cód. Civil: *“los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge”*.

9. Acciones de filiación. Generalidades.

En este punto haremos una breve mención respecto las *acciones de estado* y las *acciones de filiación*; las primeras son aquellas acciones tendientes a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de familia o constituir, modificar o extinguir un emplazamiento (Zannoni, 1989).

Por su parte, el Dr. Fanzolato considera que las acciones de estado se dirigen a obtener un pronunciamiento judicial en protección al estado de familia en forma positiva o negativa, reconociéndolo cuando existe pero es desconocido, excluyéndolo cuando no concuerda con la realidad, o creándolo o modificándolo cuando sea pertinente (Fanzolato, 2007, p. 175).

El citado autor caracteriza a las acciones de estado como inalienables, irrenunciables, inherentes a la persona y de ejercicio personalísimo e imprescriptible (Fanzolato, 2007).

Respecto las segunda – acciones de filiación - haremos mención de aquellos artículos considerados relevantes para el enfoque de esta obra la cual se orienta en la posibilidad de acelerar los plazos para obtener el *emplazamiento extramatrimonial*.

Dentro de las genéricas acciones de estado, las acciones de filiación tienen por objeto *emplazar* a una persona en estado de hijo o bien *desplazarlo* cuando dicho estado que ostenta no se corresponde con los presupuestos de la filiación (Famá, 2011).

Constituyen *acciones de emplazamiento filial* – matrimonial o extramatrimonial - las normadas en los arts. 254 C.C.⁸(para el reclamo de la

⁷. Art. 254 C.C.: “los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse

filiación), art. 255 C.C.⁹(para el caso de aparecer inscripto como hijo de padre desconocido) y art. 256 C.C.¹⁰ (para el reconocimiento del nexo biológico, salvo prueba en contrario). En tanto que constituyen *acciones de desplazamiento* las enumeradas en los arts. 258 al 262 del C.C.

Según art. 2 de la ley 23.264 la filiación legítima se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil donde exista, y a falta de este por la inscripción en el Registro parroquial. A falta de inscripción en los libros parroquiales y de la posesión de estado, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba, incluso por testigos, cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo nombres falsos o como de padres no conocidos.

De lo dicho podemos vislumbrar que la sentencia que se dicta en el reclamo de una acción de título de estado es oponible *erga omnes* ya que por sentencia se constituye o modifica ese estado de familia, sin perjuicio de que en un futuro pudiera ser alterado por otra sentencia debido a que sus efectos solo alcanzan a las partes litigantes en el proceso (Bossert y Zannoni, 2005).

*conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su **filiación extramatrimonial** contra quien consideren su padre o madre. En caso de haber fallecido alguno de ellos, la acción se dirigirá contra los sucesores universales”.*

⁹. Art. 255 C.C.: “en todos los casos que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre ...”

¹⁰. Art. 256 C.C.: “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”.

10. Legitimación.

En este punto vamos a referirnos a la acción de filiación extramatrimonial; respecto a la *legitimación activa* ésta se concede únicamente al hijo ya que a los padres les basta solo el reconocimiento para que se verifique el emplazamiento en tal estado. En tanto que la *legitimación pasiva* encontramos – a diferencia de lo que sucede en la filiación matrimonial – que no existe presunción de paternidad extramatrimonial, no se presenta el supuesto de un litisconsorcio pasivo necesario y en razón de ello el hijo podrá demandar al padre o madre con independencia del otro progenitor, excepto que su reclamo se dirija a ambos en cuyo caso deberá entablar la demanda en conjunto contra ellos. En caso de verificarse el fallecimiento de alguno de los progenitores, la acción podrá dirigirse contra sus herederos (Famá, 2011).

Resta afirmar que el Ministerio de Menores quedará legitimado para demandar la filiación extramatrimonial, en el supuesto del art. 255 del C.C. – mencionado supra - el cual contempla la hipótesis en que el hijo sea inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, no surgiendo en la partida la paternidad respectiva (Nora Lloveras, 2007, p. 85/86).

En la filiación extramatrimonial – hemos dicho que – no operan presunciones análogas a las de la filiación matrimonial; el art. 255 del C.C. muestra claramente que la filiación es una cuestión que interesa tanto al Estado como a la sociedad y en razón de ello la intervención del Ministerio de Menores debe considerarse un deber y no una facultad para el funcionario (Lloveras, 2007).

11. Allanamiento.

En caso de verificarse allanamiento – esto es, reconocimiento voluntario por el demandado en la acción de filiación extramatrimonial – hace innecesaria la persecución de la acción, pudiendo dictarse sentencia favorable que ordene la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Famá, 2011).

12. Prueba.

Al tratarse de una acción filiatoria, la prueba por excelencia es el examen genético destinado a acreditar el vínculo biológico entre el requirente y el o los demandados sin embargo la prueba puede referirse a la demostración de las relaciones sexuales que mantuvieron los progenitores durante la época de la concepción del hijo, sin perjuicio de las presunciones que hace nuestro C.C. en su art. 257 al mencionar: *“el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”* (Famá, 2011).

13. Sentencia.

La sentencia favorable emplazara al actor en estado de hijo extramatrimonial, ordenándose la inscripción de ese estado en el registro pertinente. No obstante, se aclara que la retroactividad no afecta los actos cumplidos, los que no podrán ser revisados, así por ejemplo, la responsabilidad del progenitor nace desde el momento del reconocimiento como es el caso del deber alimentario (Famá, 2011).

14. Las pruebas biológicas tendientes a determinar la filiación.

En este punto haremos descripción breve respecto a la prueba del ADN, ya que la misma será desarrollada en profundidad en la jurisprudencia de nuestra obra, donde damos un valor fundamental a la misma y analizamos exhaustivamente la figura.

Si bien nuestro C.C. en su art. 253 reza: *“en las acciones de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”*, lo cierto es que en la actualidad la prueba por excelencia y más confiable es la biológica.

La prueba biológica ha sido definida como: *“las pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas”* (Famá, 2011, p. 304/305).

Varios han sido los tipos de pruebas biológicas desarrolladas tales como la antropomórficas y fisiológicas. Hematológicas, de sistema sanguíneo, de investigación de proteínas plasmáticas o enzimas eritrocitarias, de antígenos de histocompatibilidad, etc.(Méndez Costa, 1986); sin embargo en el presente cuando mencionamos la prueba de excelencia, nos referimos al ADN.

El ADN – ácido desoxirribonucleico – puede obtenerse de cualquier célula: saliva, cabello, sangre semen, huesos, etc., otorgando una especie de retrato molecular

del individuo tendiente a arribar a una conclusión respecto a la filiación que se pretende establecer, de manera tal que en la actualidad la jurisprudencia mayoritaria otorga certeza casi absoluta a este tipo de prueba (Famá, 2011).

15. Obligatoriedad.

Desde esta obra abogamos por la obligatoriedad al sometimiento de la prueba biológica a los fines de acelerar el proceso de reconocimiento, cuando el demandado pretenda la revisión de la sentencia de primer grado en instancias

superiores. Procuramos agilizar sumariamente el derecho del demandante en la búsqueda de su verdad biológica y el derecho a su identidad.

En razón de ello coincidimos con nuestra doctrina al decir que tanto la verdad biológica como el derecho a la identidad personal son derechos de primer grado y por lo tanto obligan al demandado a someterse a las pruebas ya que la libertad de intimidad del demandado amparada por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional no puede primar respecto al derecho de una persona en cuanto a la verdad de su historia y a su identidad (Lloveras, 2009).

Se ha sostenido desde doctrina, que es constitucional la obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas; y quien se rehúse a suministrarla hará suponer a la ley que carece de razón y en base a ello podrán los jueces abocarse a las manifestaciones del demandante (Lloveras, 2009).

16. Negativa y compulsión a someterse a la prueba.

La doctrina mayoritaria considera que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de filiación configura una presunción y pesará sobre el demandado la carga procesal de desvirtuar dicha presunción en su contra. Consideramos que en el proceso filiatorio, el juez que entienda la causa está autorizado a compeler al demandado al sometimiento de la prueba biológica (Lloveras, 2009).

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero¹¹ ha dicho que: “... *necesidad de agotar la búsqueda de la verdad del nexo biológico en los*

¹¹Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. G.E. c/ V.C.A. S/ FILIACIÓN extramatrimonial beneficio de litigar sin gastos, etc. s/ casación civil”, sentencia del 26 de Junio de 2007. <http://estudioressek.blogspot.com.ar/2013/01/filiacion-extramatrimonial-filiacion.html>

procesos de filiación otorgando especial relevancia a la prueba biológica, hace que sobre mayor entidad las implicancias de la renuencia a la prueba biológica del demandado, que requerido a proporcionar material probatorio del que es portador, no colabora con una diligente participación en la realización de los exámenes periciales pertinentes”.

Concordante con la obligatoriedad a la prueba biológica, se ha sostenido que *“en el potencial conflicto que se pudiera pretender sostener entre el derecho a la intimidad del reclamante, no quedan dudas de que el derecho a la identidad prevalece constitucionalmente conforme a los principios y valores que emanan del derecho humanitario contenido en nuestra Carta Magna”* (Lloveras, 2009, p. 97).

17. Deber de Colaboración dentro del proceso filiatorio.

El C.P.C de Córdoba, ley 8465, en su art. 316, 2º párrafo, en correspondencia con lo instituido en el C.P.C.C.N en su art. 163, inc.5º reza: *“La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborando en las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.”* Observamos entonces, que las actuales tendencias en materia de derecho procesal, confieren notable valor convictivo a la falta de colaboración del demandado en la búsqueda de la verdad.

De acuerdo con esta ideología, nuestra jurisprudencia¹² ha expresando: *“...las prerrogativas individuales del litigante deben reencuadrarse en tono solidarista y de*

¹²T. S. J. de Cba. Sent. Nº 20 19/4/06. Autos: "M. B. D. V. C/ E. P. B. DDA. DE FILIACIÓN –RECURSO DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD".

<http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/docencia/061120-caq-cijuso-filiacion/jurisprudencia/fallo-TSJCordoba-sent20-negativa-adn.doc>.

cooperación hacia el oficio judicial, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva es una tarea conjunta de los sujetos esenciales del proceso". Desde esta perspectiva, los condicionantes éticos del litigante, adoptan un eminente perfil práctico, la buena conducta es aquella que facilita la investigación de la realidad fáctica sobre la que se asienta el litigio. La astucia, la habilidad y el ingenio de los contendientes se halla constreñido al perímetro del mentado deber de cooperación.

Lo citado supra agrega que, en el proceso civil moderno, es preciso prestar especial atención al comportamiento de los litigantes desplegado durante la sustanciación del proceso para extraer elementos probatorios de actitudes tales como la obstrucción en la producción de la prueba, que pueden importar violación del mentado deber de cooperación y operar en el juicio en contra del infractor.

Por su parte, Micheli asevera que eéste principio implica el deber que podría conceptualizarse de colaboración procesal, tanto que su cumplimiento como su inobservancia consiguen proporcionar al juez material útil para la formación de la propia convicción sobre los hechos de la causa. (Micheli, 1970).

En razón de lo expuesto, consideramos que la conducta procesal de los litigantes será tazada con patrones jurídicos - indicios -, juzgando la omisión probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Fenochietto, 1999).

El comportamiento procesal obtiene valor indiciario, de manera que las conclusiones que el juez extrae de la conducta desplegada por los justiciables se erigen en demostraciones de prueba corroborante, pero por sí sola no hacen plena prueba de las enunciaciones controvertidas; no obstante, a tenor de las circunstancias, el juez tiene al respecto extenso margen de apreciación (Morello, et.al, 1996).

Por lo antes dicho, reforzamos la importancia del *deber de colaboración*, citando el relato del Tribunal Colegiado de Instancia Única¹³ en el Fuero de Familia N° 2 de La Plata, el cual sostuvo que, el Derecho Procesal moderno en función de la carga dinámica de la prueba, al margen de las reglas comunes, y a los fines de alcanzar la justicia del caso, considera que el emplazado no puede dejar de colaborar con el esclarecimiento del caso. El demandado no tiene que asistir a las autoridades judiciales - encargadas de la determinación de la filiación de origen del accionante - mediante un comportamiento activo, no se constituye en sujeto activo de prueba, sólo le es debido soportar nimias injerencias corporales que pueden contribuir definitivamente con la investigación, se le impone la obligación de tolerar, que no importa una acción del sujeto dirigida a su incriminación.

La ciencia coopera en gran medida para que pueda determinarse el nexo filial paterno con una probabilidad que se aproxima a la certeza, y en razón de ello, la resistencia injustificada del demandado a someterse a los exámenes periciales, configura un grave obstáculo para acreditar el vínculo. De lo anterior, concluye el Tribunal, que no es correcto que quien tiene en sus manos la posibilidad de colaborar en la determinación del vínculo filial se rehúse injustificadamente, ya que tal proceder, importaría una actitud procesal dilatoria y obstructiva para la realización de la prueba biológica.

La jurisprudencia¹⁴ ha sostenido que “*el accionado debe adoptar una conducta -que le es jurídicamente exigible- de colaborar con el esclarecimiento de la verdad*”,

¹³Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia N° 2 de La Plata. *Acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 109.259, "R., O. E. contra M.B., B. - Filiación"*.
<http://www.infojus.gov.ar>

el principio del dispositivo ritual impone a los litigantes el deber de probar los presupuestos que se invocan en la causa como fundamento de su defensa o excepción, y que tal imposición no depende de la calidad de actor o demandado sino de la situación en que se coloquen dentro del proceso. Por ello es que la jurisprudencia en este punto crucial no ha ignorado que la simulación puede ser de prueba dificultosa, por cuanto lleva ínsita la idea de ocultamiento. Es de allí entonces que deriva la discrecionalidad en la apreciación de los elementos constitutivos de la simulación en cada caso particular.

Por nuestra parte, consideramos que dentro de los principios procesales, el deber de colaboración que debe sucintarse - o al menos eso es lo que se espera de las partes integrantes de la litis - respecto al reclamo filiatorio, es un principio significativo que debiera ser altamente respetado por las partes. Nos inclinamos a sostener que el supuesto padre, al cual se le atribuye la relación filiatoria, debería dar ejemplo en este aspecto colaborando de manera voluntaria al requerimiento que la actora entabla en su contra, a los fines de cumplimentar con la justicia cuando se trata de esclarecer el origen del niño ya que negar su colaboración no acarrea sino un indicio en su contra.

Apoya nuestra postura el relato de Lloveras, para quién la obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas en la filiación es constitucional, y dentro del proceso filiatorio el juez de la causa está facultado a ordenar de manera compulsiva la prueba biológica en pos de determinar la filiación requerida ya que la negativa a

¹⁴ CNCom., sala A, 10.6.1998, Bocalandro, Norberto H. y otra c. Villa Muhueta SA. y otros. Publicado por Santiago Gómez 05/01/2010. *Valor Probatorio de la Conducta Procesal de las partes.*
www.derecho-procesal.com.ar/articulos/entradasintitulo

someterse a la misma constituirá un indicio para el juez de contenido contrario a la posición sustentada por el renuente (Lloveras, 2009).

CAPITULO II

Enfoque Legislativo

1. **Ámbito Constitucional y Tratados Internacionales.**

La Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 advirtió un nuevo paradigma en los principales institutos del Derecho de Familia referente a la patria potestad, la filiación, entre otros y donde la verdad debe operar como principio rector constitucional en todo tipo de relación familiar con la finalidad de fortalecer los vínculos establecidos entre las personas ya que el derecho no debe permitir que las relaciones familiares se asienten sobre la ficción o el ocultamiento dando lugar a vericuetos procesales que impidan el acceso a la verdad (Lloveras y Salomón, 2009).

Nuestra ley suprema contempla en su artículo 75 inc.22; a los Tratados Internacionales, los cuales poseen jerarquía superior a las leyes.

Realizando un breve análisis de aquellos tratados que se relacionan primordialmente con la filiación podemos mencionar:

1.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: en ellos encontramos dos capítulos; el primero referido a los Derechos dentro del cual en sus artículos VI¹⁵ y VII¹⁶ tienen como fin fomentar y fortalecer la familia. En el segundo capítulo se refiere a los Deberes entre padres e hijos que se encuentran reflejados en el artículo XXX¹⁷.

1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos: en sus treinta artículos nos indica la coexistencia pacífica y armónica de los seres humanos, con base en el respeto a los

¹⁵“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

¹⁶“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

¹⁷“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

valores, la dignidad, la fe y las necesidades básicas de los sujetos. Declara que es deber de los estados sensibilizar a los encargados de brindar seguridad, procurar el progreso social e impartir justicia, educación y salud en cumplimiento efectivo de los derechos humanos. En su artículo 25¹⁸ se refiere a la igualdad de los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio.

1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: en virtud de este pacto se ilustran un conjunto de convicciones o creencias que las personas tienden a alcanzar en condiciones de goce y existencia independiente de disfrute real de los derechos socioeconómicos y culturales. Y los estados deben adoptar las medidas legislativas para garantizar los derechos enunciados en él, sin discriminación. En el artículo 10¹⁹ inc.3 consagra la protección y asistencia de los menores sin diferencias que afecten su dignidad humana.

1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: este pacto se refiere a la relación entre los estados y los individuos incluidos dentro de sus límites territoriales. En su artículo 24²⁰ en sus tres incisos otorga medidas de protección a la niñez.

¹⁸“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

¹⁹“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

²⁰ Inc.1. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Inc.2. “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Inc.3. “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

1.5. Convención de los Derechos del Niño: el basamento de esta Convención establece como inalienables e irrenunciables los derechos de la infancia.

Podemos destacar que la Convención de los Derechos del Niño define en su art.1 al niño como: “*todo ser humano menor de 18 años de edad*” y que la aplicación de la normativa debe hacerse sin ningún tipo de discriminación a la vez que establece que el Estado firmante debe “*garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo...*” (Lloveras y Salomón, 2009).

La idea central de esta Convención es justamente el interés superior del niño abarcando todos los aspectos, ámbitos y espacios jurídicos concernientes al desarrollo de la niñez y la adolescencia (Lloveras y Salomón, 2009).

En su art.3²¹ refiere a las medidas concernientes que el Estado dispensará en interés superior del niño; asimismo en su art. 7²² consagra el derecho a la identidad y el compromiso de los Estados Partes a llevar a cabo las políticas y medidas para efectivizar esta protección.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha sentado precedentes de lo antedicho donde citamos para ello el tan debatido caso *Müller* de fecha 13/11/1990 en el cual se

¹⁵ Inc.1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

Inc.2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

Inc.3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

¹⁶ Inc.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*”.

Inc.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*”.

afirmó que dentro del principio que consagra nuestra Carta Magna en su art. 33 se incluye el derecho de todo ser humano a conocer su identidad de origen, incluyendo lo biológico y lo social en donde se consolida y estructura la personalidad de toda persona (Famá, 2011).

Sintetizando lo antes dicho y en coincidencia con doctrina sostenemos que la reformulación de nuestra Constitución en 1994 rediseña el Derecho de Familia y dentro del mismo a la filiación debido a que se instaló un nuevo paradigma en los principales institutos del Derecho de Familia. Asimismo, la tendencia mundial hace emerger el interés superior por el niño en las determinaciones judiciales como así, la igualdad de los hijos y la verdad biológica representan una clave fundamental que se vislumbra con dicha reforma constitucional (Lloveras, 2007).

Respecto el derecho a la identidad en materia de derecho internacional, queremos destacar el comentario de la Lic. Victoria Martínez²³, quien desarrolla los aspectos conceptuales sobre el *derecho a la identidad*, respecto la construcción social, cultural y jurídica de la identidad. Por la extensión del mismo, sugerimos al lector remitirse al apartado “*anexos*” donde se encuentra plasmado el comentario citado.

²³Comentario de la Lic. Victoria Martínez - Directora Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, -Secretaría de Derechos Humanos- *La protección del derecho a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos*. http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/20ghpnDerecho_a_la_identidad_dimensiones_experiencias_y_politicas_publicas.pdf. (Ver texto completo en: Anexos, p. 125).

2. **Ámbito Procesal.**

El Derecho procesal puede ser definido como *“el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la actividad judicial del Estado y de los particulares en la realización indirecta del derecho”* (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003, p. 13).

Dentro del Derecho positivo argentino, Lino Palacio considera la existencia de dos tipos de procesos judiciales: el civil y el penal, con carácter autónomo. No obstante ambos conservan su autonomía, comparten conceptos esenciales como: jurisdicción, acción, pretensión y actos procesales, pese a las diferencias entre ciertos principios relativos a cada proceso (Palacio, 2003).

Por su parte, el Derecho Procesal Civil se dedica al estudio de los procesos cuyo objeto consiste en una pretensión o petición fundada en el derecho privado. En Argentina incluimos al proceso laboral y a las pretensiones fundadas en normas constitucionales, administrativas y tributarias en el proceso civil debido a la vigencia que mantienen los principios procesales civiles (Palacio, 2003).

2.1. **El Proceso.**

Palacio lo ha definido como *“el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano que han requerido la intervención de este en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos también extraños al órgano frente a quienes se ha requerido esa intervención”*. La doctrina define al proceso como: *“el conjunto de actos que tienen por objeto la decisión de un conflicto o un litigio”*. Para este autor la finalidad del proceso es la creación de una norma

individual resaltando la extraneidad de los sujetos con el órgano decisor que solo se presenta en los procesos judiciales y arbitrales, exceptuando el ámbito de la administración. Distingue también los términos proceso y juicio; encuentra en ellos una relación de género a especie respectivamente y agrega que el segundo implica una controversia o conflicto de partes. Asimismo identifica las diferencias entre proceso y procedimiento: *“el primero representa el conjunto de actos que son necesarios en cada caso, para obtener la creación de una norma individual. El procedimiento, en cambio, constituye cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender”* (Palacio, 2003, p.52/53).

2.2. Principios del proceso.

Se denominan *“principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal”* (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003, p. 128).

Se describen a continuación los fundamentales principios procesales:

2.2.1. Principio de publicidad:

Implica la accesibilidad a que los procesales sean conocidos tanto por la comunidad como por las partes intervinientes, tendientes a lograr un control de la actividad procesal y de los actos de los jueces. Esto se debe a la prevalencia del interés público que actúa como herramienta de armonía y paz social. La calidad superior de la publicidad resulta indiscutida puesto que tiene como resultado el beneficio propio, conjuntamente con una mayor transparencia de los jueces y abogados. Este principio se exterioriza en las diferentes etapas que conforman el

proceso judicial, empero, resulta menester reconocer que dicho principio no es absoluto sino que admite excepciones tanto en el proceso penal como en el procedimiento de familia (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.2 Principio de inmediación:

Como su sentido lo indica, el juez debe estar en permanente vinculación con las partes y recibir por sí mismo las pruebas. Este principio se exhibe con más fuerza en los procesos orales. En los procedimientos actuales, oral o escrito de procesos civiles con etapas escritas de postulaciones y posteriores audiencias, (preliminar y de vista de causa), presuponen la vigencia de la inmediación. Por su parte en el proceso penal, la inmediación aparece con toda su plenitud en la audiencia de debate (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.3. Principio de bilateralidad:

También se lo conoce como principio de contradicción, de raigambre constitucional, pues otorga legitimidad a los procesos. Implica que todas las decisiones judiciales deben ejecutarse dando oportunidad a todas las partes de ser oídas. Como consecuencia, existe la posibilidad de alegar y probar otorgando una razonable oportunidad de defenderse, de cumplir con la carga procesal, producir y controlar la prueba. El código procesal lo consagra cuando la obligación impuesta se halla regulada por la notificación conforme a la ley. Las violaciones a este principio imponen sanciones que acarrearán nulidades específicas e impugnaciones (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.4. Principio de autoridad:

En él es posible señalar dos posiciones antagónicas que obedecen a una ideología sociopolítica: la liberal individualista y la jerárquico autoritaria y entre ambas posturas una posición intermedia. La primera considera al juez en un rol pasivo, neutral, un juez espectador de la contienda judicial que actuará solo a petición de parte, propio del sistema dispositivo adoptado por los procesos civiles de nuestro país. La postura jerárquica autoritaria atribuye un aumento de poderes al juez en la dirección y conducción del proceso dotándolo de un complejo de poderes-deberes y vigilancia de la conducta de los justiciables. El principio de autoridad adhiere a esta concepción. La posición intermedia postula que el juez es el verdadero director del proceso (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.5. Principio de formalismo:

Es aquel en el cual la regulación de las formas procesales están instituidas como garantías del justiciable basados en la seguridad jurídica. La actuación procesal se ha identificado en diferentes momentos históricos: un primer sistema riguroso con preponderancia del ritualismo, de exigencia por la forma misma sobre el contenido. Un segundo sistema de liberalidad o elasticidad que puede acarrear caos y arbitrariedad, y un tercer sistema de legalidad regulado para el cumplimiento de la actividad procesal, previsiones específicas y en el supuesto de algún vacío, establece una norma general de revisión. Las formas procesales sin interesar su origen deben constituir un medio para conseguir la realización del derecho; que se las presente claras e indiscutibles con cualidades de simplicidad y

adaptabilidad. La ley adjetiva recepta el principio con dos enfoques distintos: el de la forma de los actos procesales y el de la forma del procedimiento. Para los primeros estructura ciertos actos con sentido teleológico y para los segundos los reglamenta estableciendo procesos tipo para cada sistema, en lo atinente al proceso civil el modelo es el juicio ordinario y en segundo lugar los juicios sumarios (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.6. Principio de economía procesal:

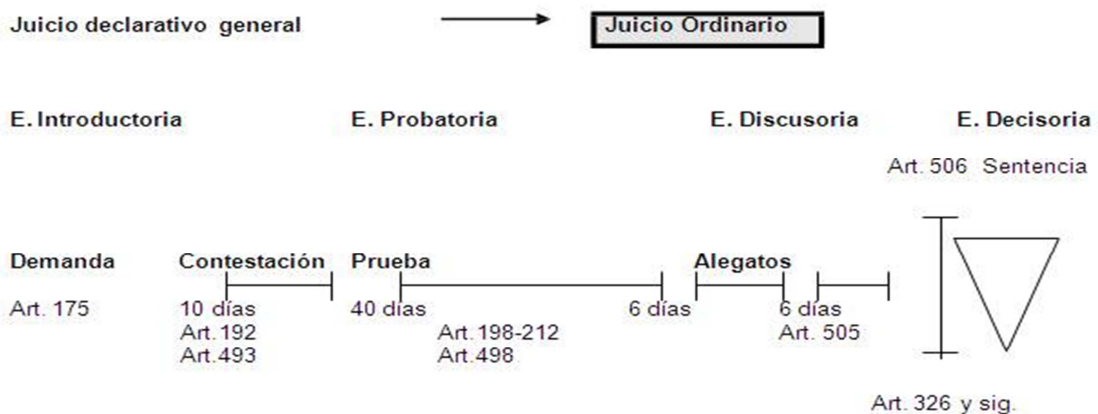
Se define como la aplicación de un criterio utilitario en la realización del proceso y comprende dos pensamientos que le sirven de base: la economía de gastos y esfuerzos o de actividad. Este principio trae implícito limitar la onerosidad y evitar la prolongación excesiva en el tiempo de los procedimientos. Estima que la eficacia del proceso depende de su tempestividad en tiempo razonable. Esta última expresión debe entenderse como la circunstancialidad de la condición de las partes. La economía de gastos enfatiza sobre aspectos financieros del proceso y que los gastos que genera un juicio no impida el acceso a la justicia de las personas menos pudientes. La concreción de la economía en el tiempo y la celeridad se logran con la aplicación de las reglas de la concentración de los actos, la eventualidad y la fijación de plazos procesales. La concentración consiste en reunir toda la actividad procesal en el menor número de actos, la eventualidad significa que todas las alegaciones deben ser realizadas simultáneamente, la regulación de los tiempos procesales se concretan con establecimiento de plazos acordes a la realidad (Ferreyra de de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

2.2.7.Principio de moralidad:

Es contenedor de normas de contenido ético que deben observar todos los sujetos procesales. El principio de moralidad se desdobra en dos principios: la lealtad y la buena fe procesal. Mediante este principio se proscriben la reticencia, la intemperancia, la familiaridad, la agresividad, la obstrucción o la ambigüedad, para tipificar temeridad, malicia, o abuso del proceso. Las infracciones a este principio acarrearán sanciones; por ello se prevén multas o consecuencias punitivas (Ferreira de la Rúa - González de la Vega de Opl, 2003).

Hemos referido y descripto brevemente al proceso y sus principios. En adelante teniendo en cuenta los arts. del C.P.C.C de Córdoba mencionaremos las características²⁴ del procedimiento ordinario y abreviado, plasmando los cuadros sinópticos²⁵ descriptivos de ambos.

ORDINARIO

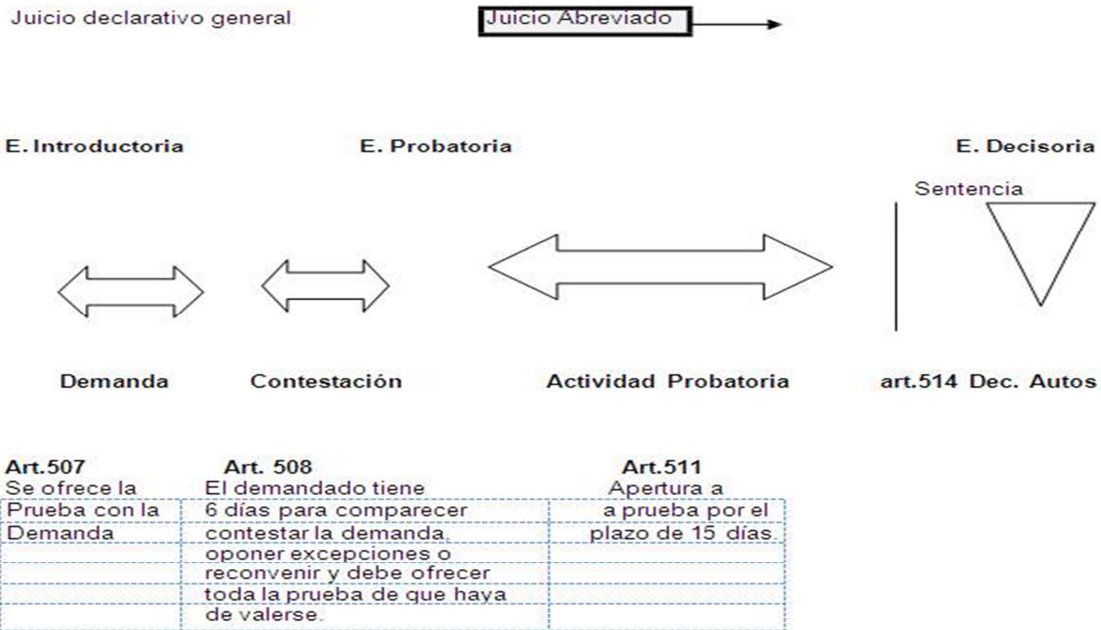


²⁴<http://www.monografias.com/trabajos52/procesal-civil/procesal-civil4.shtml#ixzz2H4bKAWrg>
²⁵<http://www.monografias.com/trabajos93/apuntes-derecho-procesal-civil-universidad-siglo-xxi-argentin/apuntes-derecho-procesal-civil-universidad-siglo-xxi-argentin2.shtml>

Características principales:

- En el procedimiento ordinario, solo son fatales los plazos del artículo 49.
- Antes de la demanda pueden solicitarse medidas preparatorias y prueba anticipada.
- Con la demanda debe ofrecerse solo la prueba documental.
- Una vez admitida la demanda, se cita de comparendo al demandado.
- El traslado de la demanda es por diez (10) días.
- Se admite las excepciones de previo y especial pronunciamiento.
- La rebeldía debe ser declarada, lo cual supone un pedido en tal sentido por el actor.
- El plazo de prueba es en principio de cuarenta (40) días.
- Hay libertad en el número de testigos.
- En caso de que se considere indispensable, el tribunal puede ordenar se nombre más de un perito por especialidad.
- Existe etapa discusoria.
- La sentencia debe dictarse dentro del plazo de sesenta (60) días.
- Además de la sentencia son apelables los autos y los derechos que causaren gravamen irreparable.

ABREVIADO



Características principales:

- En el juicio abreviado todos los plazos son fatales.
- Antes de la demanda pueden solicitarse medidas preparatorias y prueba anticipada.
- Toda prueba debe ofrecerse, en el abreviado, con la demanda, salvo la posibilidad de ofrecer absolución de posiciones y la documental hasta decretos de autos.
- La citación de comparendo no es autónoma, sino que se efectúa conjuntamente con el traslado de la demanda.
- El traslado de la demanda es por seis (6) días en el abreviado.
- Todas las excepciones y defensas deben interponerse conjuntamente con la contestación de la demanda y se resuelven en la sentencia definitiva.
- La rebeldía se produce sin declaración alguna, ministerio legis.

- No se admiten más de cinco (5) testigos para justificar el derecho de cada parte, salvo para reconocer prueba documental.
- No hay alegatos.
- La sentencia debe dictarse en el plazo de veinte (20) días.
- Solo son apelables la sentencia y los autos que ponen fin a incidentes no suspensivos.

3. Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino

Creemos conveniente mencionar el Proyecto de Reforma actual de nuestro Código Civil. Para ello pasaremos tres (3) artículos relevantes que se condicen a nuestro planteo a los fines de orientar al lector respecto al tratamiento que deberá tenerse en cuenta en materia filiatoria extramatrimonial para el supuesto de entrada en vigencia de la mencionada reforma. Asimismo hacemos salvedad que dicho proyecto contiene diversas normas en materia de técnicas de fecundación artificial, tema éste que no escapa a la intención de nuestra propuesta toda vez que se encuentra relacionada con la búsqueda de la verdad biológica mediante el reclamo filiatorio y donde – de prosperar la reforma – se vería coartada la posibilidad de establecer el vínculo filiatorio de aquellos niños nacidos mediante técnicas de fecundación asistida.

3.1. Proyecto de reforma actual en materia de filiación extramatrimonial.

Determinación de la filiación extramatrimonial

ARTÍCULO 570.-Principio general. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

ARTÍCULO 579.-Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

ARTÍCULO 580.-Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

CAPÍTULO 7

Acciones de reclamación de filiación

ARTÍCULO 582.-Reglas generales. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente. El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores. En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos. Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un (1) año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Vemos que la propuesta de reforma afianza nuestra postura al considerar como indicio grave la conducta renuente del demandado respecto a someterse a la prueba genética tendiente a determinar las existencia de vinculo filiatorio entre el supuesto progenitor y el niño respecto su origen biológico. Mas aún, la prueba post mortem es una herramienta útil con la que cuenta la ciencia a los fines de dilucidar el nexo biológico, quedando a criterio del juez optar la manera de llevar a cabo la misma teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Al mismo tiempo, podemos observar que el último párrafo del artículo 582 reza: *“Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción*

humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”, como lo mencionamos previamente, haremos un breve desarrollo que se opone a la reforma debido que la misma ostenta un trato desigual respecto los hijos nacidos por fecundación asistida en materia de reclamo filiatorio.

3.2. Críticas y oposición al Proyecto de Reforma.

La doctrina no ha sido plausible a la hora de aceptar el proyecto de reforma, más aun respecto a la modificatoria que se intenta plasmar referida a las *técnicas humanas de fecundación asistida*. Consideramos oportuno su desarrollarlo para reflejar lo negativo que este planteo de reforma podría acarrear respecto a la búsqueda de la verdad biológica de los hijos concebidos por técnicas de fecundación asistida.

Para su desarrollo tomaremos el comentario²⁶ de Jorge Oscar Perrino, para quien el proyecto de modificación del Código Civil en materia de filiación pretende innovar disponiendo que la filiación pueda tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Si bien la filiación por naturaleza por antonomasia es la que genera el hijo por el lenguaje de los cuerpos del varón y la mujer, no es menos cierto que cuando se recurre a la utilización de formas anormales del encuentro del espermatozoide con el óvulo, también actúa la naturaleza para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano distinto al padre y a la madre.

²⁶Comentario de Jorge Oscar Perrino. *Filiación. Anteproyecto del Código Civil*. Publicado en La Ley 29/12/2011, 1. La Ley 2012-A, 580.
<http://www.laleyonline.com>

De este modo, el elemento genético, cuando se tratare de fecundación humana asistida, ha sido desplazado por la voluntad procreacional a la que ha constituido en el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padre/madre, o de un tercero ajeno a ellos.

Por tanto, para este supuesto, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quien ha prestado el consentimiento para el sometimiento a ellas.

Remata el autor citado que, el alejamiento y postergación del elemento genético según lo dispuesto en el proyecto establece que: *"No es proponible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento informado y libre a dichas técnicas de conformidad con este código y la ley especial, con independencia de quien aportó el material genético.* Es decir, que no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

En definitiva, según la pretensa norma, por el consentimiento prestado por cualquier persona según el procedimiento establecido, esté o no casada con la gestante, conviva de hecho o no con ella, haya o no aportado el material ontogénico, va a quedar emplazada en el estado de padre o de comadre, con total independencia del vínculo biológico. Es decir, que el régimen que se pretende imponer le impide a la

persona que nazca, como consecuencia de las técnicas de referencia, poder conocer su propia génesis.

El proyecto de reforma al apartarse del régimen binario está reconociendo la co-maternidad de la cónyuge de la madre o la paternidad de un tercero que no intervino en la procreación, amparando un abuso biotecnológico, pues supone imponer al niño una sustitución de su identidad, excluyendo deliberadamente al padre e inscribiendo como madre a una mujer que no es su madre y constituyendo además una flagrante violación del derecho a la identidad del niño reconocido expresamente por los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que disponen: *“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”, y “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”.*

En efecto, lo proyectado constituye una alteración de la verdadera identidad del niño, que tiene una sola madre verdadera y un solo padre verdadero y de aceptarse la voluntad pro-creacional tendrá dos madres: una verdadera y la otra no y un padre verdadero escondido en el anonimato, contraviniendo su verdadera filiación, sustentada en el vínculo biológico entre el hijo y sus progenitores, es decir, con quienes lo engendraron.

Si bien se ha previsto en el mencionado proyecto el principio general de doble vínculo filial, al decir que: *“ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, independientemente del sexo de los progenitores. Si se reclama una filiación que*

importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, debe, previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación", no es menos cierto que el verdadero padre existe, a punto tal que se puede recurrir a él en determinadas circunstancias. Es decir, está agazapado por voluntad de la norma, que impide toda acción para reclamar la filiación y más enfáticamente establece que no se genera vínculo jurídico alguno con quien aportó el material genético. Sin embargo, la propuesta de reforma deja a salvo la posibilidad de establecer la identidad del padre genético a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Por lo demás la innovación pretendida importa, asimismo, atentar contra los derechos del niño a tener una familia (a nacer y criarse en el marco de la doble figura parental, padre y madre); a su integridad psíquica; a tener una identidad biológica, jurídica y social. Dicho de otra manera constituye un atentado a la dignidad del hijo, que es persona única e irrepetible eternamente pensada y querida por el Creador.

En efecto, según lo proyectado, los hijos por naturaleza *"pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres, si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente"*, por su parte *"Los hijos también pueden reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes consideren sus padres"*, y continua el texto legal diciendo que *"En caso de haber fallecido alguno de ellos, la acción se dirige contra sus sucesores universales. Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir los dos años computados desde que alcanzó la mayor*

edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos..."

En cambio los nacidos por reproducción asistida tienen vedada estas acciones por la expresa disposición que prescribe: *"Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento informado y libre, con independencia de quienes aportaron el material genético"*.

Como se advierte, estos últimos son tratados como inferiores, pues no gozan de iguales derechos que los hijos por naturaleza por antonomasia, pese a que el texto incoado proclama: *"La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código"*.

Podemos decir entonces que lo proyectado respecto de estos hijos es discriminatorio, pues en forma injusta y arbitraria, sin razón alguna que lo justifique, les da un trato de inferioridad. De acogerse el régimen proyectado, además de institucionalizar una discriminación y violentar la naturaleza, se pondría en grave riesgo la formación del carácter del niño, en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece.

Lo cierto es que el proyecto violenta al régimen binario imperante e incorpora un régimen sustentado sobre una autonomía atentatoria contra el orden público familiar, y edificada a partir de la negación de la verdad genética, a punto tal que veda toda investigación en la materia, en detrimento de las personas nacidas de esas

técnicas. Consecuentemente viola el derecho a la identidad del hijo, el principio de igualdad ante la ley y el orden público familiar.

Por nuestra parte cabe agregar que consideramos discriminatorio todo trato desigual respecto la búsqueda de identidad del niño, como bien lo ha expresado el autor citado supra, la pretendida reforma atenta en la búsqueda de la verdad biológica - independientemente de la manera que haya sido concebido el niño – y en razón de ello sostenemos que determinar los lazos filiatorios del niño configura un requerimiento de justicia, toda vez que la identidad personal surge de un complejo entramado donde lo biológico es presupuesto que incide en los vínculos jurídicos.

CAPITULO III

Filiación Extramatrimonial en el Derecho Comparado

En el presente capítulo referiremos sucintamente los aspectos relevantes respecto a la filiación extramatrimonial a los fines de tener un parámetro respecto los demás países en su legislación en dicha materia. Asimismo plasmaremos artículos relevantes en materia filiatoria y critica suscitada en el Proyecto de Reforma de nuestro Código Civil Argentino.

1. Brasil

Este país, a partir de la vigencia de la ley 8560, posee un procedimiento de investigación oficiosa de la paternidad. El proceso se inicia en el Registro Civil cuando el oficial advierte que una partida de nacimiento carece de paternidad determinada. Ante dicha situación el oficial remitirá copia al juez con todos los datos del presunto padre. Una vez recibidas las actuaciones, el juez procederá a fijar audiencia a los fines de escuchar a la madre del niño para luego proceder a notificar, según los datos aportados por ella, al presunto padre (Lloveras, 2009).

A los fines de preservar la identidad de las partes, podrá el juez determinar el secreto del expediente de la causa. Ante la comparecencia del demandado y el reconocimiento por su parte de dicha paternidad, se labrara el acta respectiva a los fines de ser remitida al Registro Civil para su pronta anotación (Lloveras, 2009).

Para el supuesto que, el notificado no comparezca en el plazo de treinta días o comparezca y niegue la paternidad, será deber del juez comunicar dicha circunstancia al Ministerio Publico a los fines de su intervención en la investigación de la supuesta paternidad, siempre que existan pruebas fehacientes sobre la veracidad de la paternidad que se intenta atribuir al demandado; más aún cualquier persona con un interés legítimo podrá intentar la acción de reconocimiento (Lloveras, 2009).

Lo relevante en este país es que la investigación de la paternidad extramatrimonial se legisla de modo específico la cual es de investigación oficiosa (Lloveras, 2009).

2. Paraguay

Respecto la acción de reclamo filiatorio extramatrimonial, se exige la posesión de estado - después de la muerte de los padres - para poder entablar dicha acción tendiente al reconocimiento. Esto conlleva a considerar una restricción a la identidad de dudosa constitucionalidad, sin embargo la acción podrá dirigirse a los herederos del presunto padre siempre y cuando el hijo haya ostentado posesión de estado como tal durante la vida de su progenitor premuerto (Lloveras, 2009).

Cabe aclarar que el reclamo filiatorio extramarital es *divisible*, esto significa que necesariamente debe relacionarse al hijo tanto con la madre como con el presunto padre ya que en este tipo de filiación no operan las presunciones que si tienen vigencia en la filiación matrimonial (Lloveras, 2009).

La acción puede ser dirigida de manera separada contra uno o ambos progenitores, según el caso. Sin embargo en este país no podrá ejercerse el reclamo filiatorio para atribuir la maternidad a una mujer casada, es decir que la investigación de la maternidad está prohibida si la mujer se encuentra en estado nupcial (Lloveras, 2009).

3. Uruguay

En Uruguay respecto la filiación extramatrimonial se regula la acción de investigación de paternidad y maternidad. Desde el año 2004 estas acciones de investigación se regulan por las disposiciones contenidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNyA). Son legitimados activos para entablar la acción:

- a) el hijo hasta los 25 años de edad
- b) cualquiera de los progenitores desde que se constata la gravidez; solo hasta que el hijo cumpla los dieciocho años
- c) El Instituto Nacional del Menor (INAU) quien será el encargado de promover la intervención de los legitimados y cesando su intervención una vez iniciada la acción por alguno de los progenitores, es decir que el INAU cumple la función de emplazar a los presuntos padres (Lloveras, 2009).

En el derecho uruguayo es obligatoria la prueba biológica de los convocados; la negativa al sometimiento de la misma conlleva a presumir que el renuente es el progenitor, pero al ser una *presunción simple*, admitirá prueba en contrario (Lloveras, 2009).

4. Perú

En materia de filiación extramatrimonial, este país contempla desde 2004 la ley 28.457 que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, generando un verdadero avance en la búsqueda de la verdad biológica respecto la identidad del menor(Lloveras, 2009).

La ley mencionada ut supra tiene como finalidad declarar la paternidad – salvo prueba biológica en contrario – en este sentido, el demandado tendrá como única defensa oponerse a la prueba del ADN. Correrá el plazo de diez días durante el cual no habiéndose realizado la pericia por injustificada causa, convertirá en progenitor al renuente. Éste cuneta con un plazo de tres días para apelar la sentencia y será el juez de familia en un plazo máximo de diez días quien determinará la viabilidad del recurso (Lloveras, 2009).

Es importante destacar que en este país la legitimación activa es amplia, pudiendo entablarla quien tenga un legítimo interés. Sin embargo no es posible la investigación *post mortem*, ya que la ley exige que la prueba de *histocompatibilidad* debe realizarse a la madre, padre e hijo (Lloveras, 2009).

Para el análisis de este país, tomaremos la referencia de Enrique Varsi Raspigliosi²⁷, quien ha realizado un exhaustivo análisis respecto al reclamo de paternidad extramatrimonial. La legislación de Perú, realizó modificatorias en cuanto a la investigación de la paternidad, incorporando como estelares las bio-pruebas para el establecimiento de la filiación. A partir de la ley 28.457, Chile aprueba un proceso especial para investigar la filiación extramatrimonial, donde ganó terreno la prueba biológica de paternidad respecto la precisión de la misma y siendo ésta una herramienta de alto valor referencial para que el juez dicte sentencia.

Lo que caracteriza a dicho proceso es justamente la marcada lucha en enfrentar el problema social de la paternidad no reconocida. En razón de ello se otorga fuerza al ADN, desde que el legislador – en lugar de realizar modificaciones al

²⁷ Comentario de Enrique Varsi Raspigliosi. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la ley 28.457y la acción intimidatoria de paternidad.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/18.pdf>

Código Procesal Civil - , sanciona la ley 28.457 que reglamenta este proceso especial de paternidad, donde la ciencia es la encargada de dilucidar la pretensión de las partes. Más aun, cualquier persona que tenga interés legítimo en la paternidad a favor de un tercero, podrá entablar la acción de reclamo filiatorio.

Caracterizan dicho procedimiento su carácter *singular*, respecto a su tratamiento; *plenario*, debido que reúne los principales actos procesales; *declarativos*, respecto la búsqueda de la verdad biológica y sobre todo: *rápido*, respecto la reducción de etapas, actos y plazos.

Respecto la carga de la prueba, se invierte el principio de “*quien alega, debe probar*”; pesando sobre el demandado la carga de demostrar su no paternidad, *mutatis mutandi* denegando la filiación extramarital que le es demandada. Para el caso que el supuesto padre se rehúse a la prueba del ADN, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad.

De lo antedicho concordamos con la legislación de este país en cuanto a la regulación legal respecto la determinación de la paternidad extramatrimonial donde se contempla la obligatoriedad al sometimiento de la prueba biológica, siendo ésta una de las propuestas en la presente obra. Al mismo tiempo que advertimos un contenido negativo en cuanto limita la búsqueda por parte del menor de su verdad biológica cuando se ha verificado el fallecimiento de alguno de sus progenitores.

5. Costa Rica

En este país, la filiación extramatrimonial se halla regulada en dispersos ordenamientos. Se legisla tanto en su Código de Familia – ley 5476 de 1973 – y de

manera más relevante en ley 8101 de 2001 – de Paternidad Responsable, asimismo se encuentran escasas normas que subsisten en el Código Civil. Dentro del Código de Familia se legisla la acción de reclamación judicial de la filiación extramarital, la acción preventiva de la reclamación de la paternidad extramatrimonial, la acción de impugnación del reconocimiento. Se prevé un especial proceso respecto las acciones emergentes de la filiación desde la sanción de la ley 8101/01 tendiente a regular el proceso de *reconocimiento provocado* del hijo extramarital. La mencionada ley 8101 de paternidad responsable, tiene como objetivo primordial facilitar la investigación de la paternidad y su respectiva declaración de tal, evitándose un tedioso proceso (Lloveras, 2007).

Este país incorpora un procedimiento administrativo que se interpone ante el Registro Civil - sin perjuicio de una posterior actuación judicial – para verificar el reconocimiento por parte del padre. Si el progenitor se rehúsa a dicho reconocimiento, comienza el procedimiento de declaración o investigación de la paternidad, citándolo a sus efectos. Pero si aun así, se negara a presentarse al proceso, se declarará la paternidad por vía administrativa (Lloveras, 2007). Lo

mismo ocurre cuando se niegue al examen de la prueba biológica. Para el supuesto que se presente y realice la prueba mencionada, se actuará según el resultado que ésta arroje Todo lo mencionado sin perjuicio de la posibilidad de impugnación de la paternidad extramatrimonial por parte del progenitor o sus herederos respecto a la declaración administrativa. También queda admitida la posibilidad de apelar ante juez de familia (Lloveras, 2007).

6. Chile

Teniendo en cuenta lo expresado por Enrique Varsi²⁸, en Chile la Ley 20030 modifica el Código Civil en relación a los requerimientos de introducción de antecedentes para tramitar la demanda de reclamación de maternidad o de paternidad y la apreciación de los medios de prueba. Se otorga a las bio-pruebas valor suficiente para establecer el vínculo filial o para descartarlo. Consagra el principio de inmediación. Establece la presunción iuris tantum, ante la no concurrencia a la realización de la prueba genética, y solo se desvirtuará tal presunción si se demuestra que la prueba no coincide con la realidad.

Además dispone que si el accionado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. De este modo el juez no emitirá sentencia, ante el reconocimiento voluntario, y remitirá copia auténtica al registro Civil. Si no comparece, o niega o pone en tela de juicio la paternidad atribuida el juez decretará la pericia de A.D.N. Emitiendo sentencia, la cual será posteriormente remitida al Registro Civil. Este procedimiento nuevo consigue el objetivo de unificar las vías voluntaria y contenciosa de reconocimiento de la paternidad o maternidad en concordancia con la derogación de ciertos arts. del Código Civil.

²⁸Comentario de Enrique Varsi Raspigliosi. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la ley 28.457 y la acción intimidatoria de paternidad*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/18.pdf>

CAPITULO IV

Jurisprudencia

La selección de fallos expuestos en este capítulo nos permite analizar la temática relevante y común que suele presentarse con bastante frecuencia cuando se reclama la filiación extramatrimonial.

En primer lugar presentaremos una reseña de cada uno de los hechos, para posteriormente ampliar la decisión formulada por los jueces con argumentaciones doctrinarias.

1. Análisis de Fallos. Reseña.

1.2. Primer Fallo²⁹.

La actora N.N en nombre y representación de su hijo menor de edad inicia acción de reclamación de la filiación contra los sucesores universales del difunto-supuesto padre del menor. Debido a la negativa de los familiares directos de someterse a la prueba biológica de compatibilidad genética, la accionante solicita la exhumación del cadáver.

El juez *a quo* considera extemporánea la prueba solicitada y contra dicho decreto la representante del menor interpone el recurso de reposición con apelación en subsidio, siendo ambos denegados. Por el rechazo recurre en queja a cuyo tratamiento se avocará el Tribunal. La Cámara por unanimidad, hace lugar a la queja, autorizando la exhumación del cadáver.

Análisis de los argumentos del Fallo

²⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería. San Juan, N. N. c/ N. N. s/ Filiación Sala 03 6 de Julio de 2011. http://www1.infojus.gov.ar/jurisprudencia/FA11280024-n_n_filiacion-san_juan-2011.htm?3

Para la resolución del caso en análisis, los jueces del Tribunal subordinaron en el sistema de prelación de normas que tienen rango constitucional como la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, las normas procesales sobre caducidad de pruebas tomada por el *a quo*.

Conforme lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, receptada por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, el niño tiene derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad, su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas, los que se encuentran en los arts. 3, 7 y 8 de dicha Convención, por lo que no puede invocarse ninguna otra norma que contradiga lo allí establecido.

En la sentencia los jueces, para resolver la colisión de derechos en pugna, se inclinan por conceder jerarquía al derecho de una persona a conocer su identidad, ante el conflicto entre el derecho a la identidad y al de no auto-incriminarse del art.18 C.N.

Respecto al derecho a la identidad personal:

La convención de los Derechos del niño consagra el derecho a la identidad en su art. 7. La ley 26.061 en su art. 11 dispone que todos los individuos gocen del derecho de conocer la identidad de origen, a tener un nombre, una nacionalidad, y mantener sus relaciones familiares, tradiciones entre otros derechos constituyendo una identidad única. Es así que la falta de reconocimiento de un niño o un adulto afecta notablemente este derecho.

La identidad personal ha sido definida como: *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad*

personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”
(Fernández Sessarego, 1992, pág.113)

La jurisprudencia, en razón de este principio, considera que la identidad personal es una unidad compleja con un doble aspecto:

a) Una vertiente estática relacionada con el derecho inalienable que deben gozar las personas, a conocer e investigar nuestra verdad biológica- tanto materna como paterna-, y como consecuencia de ello a la persecución de ella, mediante la declaración de certeza.

b) Una faceta dinámica correspondida con la inscripción del dato biológico a partir de la concepción del nuevo ser humano (Lloveras, 2007)

En el otro extremo si bien es sabido que nuestra Constitución en su art. 18 expresa que *“nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”*, no es menos cierto que este principio sea aplicable en materia penal y no cuando pretendemos desentrañar la identidad de una persona la cual es materia civil, más aun del derecho de familia. El fin que buscamos no es obligar, en cuanto a la prueba biológica – aunque no quede otro desagravio – sino buscar la verdad biológica de una persona.

A la postre la Cámara resuelve con basamento en la Ley 23.511 art.4 y citando jurisprudencia y expresando también este Tribunal: *“La medida para mejor resolver que consiste en la realización de la prueba biológica de ADN, art.253 Cód. Civil, es fundamental para esclarecer el vínculo filial sin menoscabo alguno del derecho de defensa de las partes”* (G.A.C/ B.A.S/Filiación – Ordinario- Prueba Actoral-Recurso de Queja Tribunal Ori: Segundo juzgado de Familia N° de fallo:00280084 (Magistrados: Cuneo de García, Catalina Celia, Carballo Humberto, Moya Moisés 14/12/00).

Aspecto Procesal e importancia de la prueba biológica:

En todo juicio de filiación está comprometido no solo el interés privado sino también el público en la medida que se discute el estado de familia de una persona. En razón de ello no podría ampararse desde la Justicia aquellas conductas procesales que fundadas en razones de orden moral y religioso impidan la concreción de derechos fundamentales de la persona como lo es el derecho a conocer su origen biológico (Bedrossian, 2001).

En consecuencia, la renuencia a la prueba biológica hará pesar sobre la contraria el rigor de la carga probatoria ya que las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente a los fines constitucionales y a la interpretación de las leyes en el sentido que procura el cumplimiento de los padres respecto los deberes para con sus hijos menores para lo cual aparece como elemento imprescindible la investigación de la paternidad cuando esta es desconocida (Bedrossian, 2001).

Se ha dicho que el acto de quien pone un hijo en el mundo y luego se niega a su reconocimiento hiere los sentimientos más profundos que adornan al ser humano; la Constitución y los Tratados Internacionales no pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba ya que tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas al mismo tiempo que supone un ejercicio antisocial del derecho y un fraude a la ley con afán obstruccionista y falta de solidaridad y colaboración con la justicia (Bedrossian, 2001).

Parte de la doctrina considera que no debe perderse de vista que en la moderna ciencia procesal se abren nuevos cauces en orden a la carga probatoria al superar el mero interés de las partes como centro de distribución del *onus probandi*, el

cual acentúa un criterio de efectiva cooperación en el proceso donde se reclama con un rol más activo del demandado, descartándose aquellos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa (Arianna & Grossman, 1992).

Las pericias hematológicas que actualmente se efectúan en los juicios de filiación son absolutamente inocuas para la salud personal. Prueba de ello es que la extracción de sangre necesaria para su realización constituye una práctica de rutina en múltiples exámenes médicos que precisamente se hacen con el objeto de prevenir o preservar la salud de las personas (Arianna & Grossman, 1992).

De esta manera, en relación con la filiación paterna extramatrimonial, el presunto padre no debe limitarse a negar tal condición, sino que tendrá que aportar las pruebas que desbaraten las presunciones y acreditaciones que sirvan al accionante. El principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni en el adecuado y deseado resultado de la justicia (Arianna & Grossman, 1992).

Mantener la igualdad de las partes implica para el caso en examen, impedir una conducta negativa que convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, es decir, que signifique lisa y llanamente llegar a una denegación de justicia. Frente a este riesgo, no queda otro camino, que valorar la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica, como un reconocimiento de los hechos aducidos por el actor, salvo prueba en contrario, aun cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada (Arianna & Grossman, 1992).

Muchas veces, en el proceso existen muy débiles elementos de convicción que se ven fortalecidos por esta falta de colaboración del demandado en la búsqueda

de la verdad biológica. Esta actitud constituye un importante elemento de juicio, pues el sentido común demuestra que la resistencia del demandado se debe al temor de que la prueba demuestre la probabilidad de la filiación reclamada (Arianna & Grossman, 1992).

Avala este criterio el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando señala que la conducta observada por las partes durante la substanciación del proceso constituye un elemento de convicción corroborante de las pruebas producidas (Arianna & Grossman, 1992).

Puede suceder que confronten por una parte, el derecho del hijo a conocer su origen y preservar su identidad -derechos éstos consagrados en la reciente Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849 – y por la otra, el derecho a la libertad e inviolabilidad de la persona, que eventualmente pudiese esgrimir quien es imputado como padre. En razón de ello no puede conculcar el derecho del hijo a que se declare su filiación, ya que sería inadmisibles que a través de una actitud arbitraria, se haga ilusorio su derecho al emplazamiento filiatorio (Arianna & Grossman, 1992).

Prueba biológica. Su valor procesal.

En la actualidad, los planteos suscitados respecto al vínculo de filiación, se resuelven – según opinión mayoritaria en doctrina - mediante pruebas biológicas. Dichas pruebas consisten en procedimientos científicos y son una herramienta muy importante a la hora de determinar la existencia del vínculo filial. La más trascendental de las pruebas es la conocida como *de histocompatibilidad* (ADN), la cual arroja un porcentaje de acierto de prácticamente el 99% (Bossert y Zannoni, 2005).

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 253 del C.C. el cual dispone que “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”; de lo expuesto se infiere que debido al alto porcentaje que la prueba de *histocompatibilidad* arroja y ante la negativa por parte del presunto padre, serán motivos contundentes que harán presumir al juez el vínculo filial, ya que ante el pedido por parte del magistrado del examen de ADN si el demandado se rehusara al mismo, es razón suficiente para considerarlo confeso del vínculo filiatorio (Bossert y Zannoni, 2005).

Pues bien, hemos hecho mención de lo trascendental y casi exacto del análisis de ADN, concluimos nuestra idea en el desarrollo de este punto, reiterando que dicha prueba debe considerarse una herramienta fundamental a la hora de determinar el nexo de la verdad biológica entre las personas. Respecto a ella creemos conveniente que el procedimiento ha de llevarse mediante juicio abreviado que ordene *prima facie* dicha prueba a los fines de agilizar el trámite, evitando prolongaciones de tiempo que no harán sino perjudicar el acceso a la verdad de manera expedita.

1.3. Segundo Fallo³⁰.

El Sr. A.L.R., por derecho propio, inicia acción de reclamación de la filiación, articulando la acción de daños y perjuicios contra Sr. E.G. El demandado se allana a la demanda en cuanto a la reclamación de la filiación extramatrimonial. La Sra. Juez de grado resuelve: tener por allanado al demandado, disponiendo se oficie al

³⁰CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA. ESQUEL – CHUBUT
R., A.L. c/ G., E. s/ Filiación Derecho Civil, Obligaciones y contratos, acciones de filiación, prescripción, cómputo del plazo. Sentencia 18 de Diciembre de 2006. <http://www1.infojus.gov.ar/buscador/?4>

Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas para emplazar a éste último en estado de hijo, imponer las costas al demandado y no hacer lugar a la excepción de prescripción respecto a la acción de daños y perjuicios.

El demandado se alza en apelación, expresando agravios contra la imposición de costas por el allanamiento y el rechazo de la prescripción. La Cámara confirma en todos sus términos la sentencia venida en grado de apelación.

Análisis de los argumentos del Fallo

Los fundamentos vertidos por los jueces sucintamente con respecto a los agravios expresan: que el recurrente se equivoca cuando afirma que se estaría castigando a quién coadyuva a la obtención de la verdad condenándolo en costas.

Quien se allana también se beneficia, aunque se le impongan las costas, pues éstas serán menores al trámite de todo el proceso.

La prescripción mencionada por el recurrente con apoyo en el art. 3956 Cód. Civil, no puede tener lugar toda vez que el hijo tiene dos años para iniciar la acción de daños y perjuicios computables a partir de la sentencia que admitió la demanda de reclamación de la paternidad.

Obligaciones del progenitor

En el presente caso traeremos a colación comentarios y notas a fallo en los cuales se refleja la obligación por parte del progenitor de resarcir al hijo toda vez que no se verifico en tiempo oportuno el reconocimiento del mismo. Será menester desentrañar si los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial que no fue reconocido de manera voluntaria, son atribuidos al padre por no haberlo reconocido en tiempo oportuno.

Tomando las palabras plasmadas por de Souza Vieira, respecto su comentario en nota a fallo³¹, observamos que parte de la doctrina ha considerado que el derecho de daños es ajeno al ámbito del derecho de familia. Entre sus seguidores se encuentran Borda y Llambías y se apoyan en que la protección del ámbito familiar no debe ser vulnerada por la exteriorización de los daños producidos entre sus integrantes (de Souza Vieira, 2011).

Para otra teoría, partidaria de admitir la responsabilidad civil en las relaciones de familia, no sería legítimo impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros, con fundamento en la protección de la integridad familiar. Entre los que participan de esta teoría se encuentran Zannoni, Méndez Costa, Belluscio, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Alterini, López Cabana, Brebbia, Barbero (de Souza Vieira, 2011).

Es necesario aplicar el derecho de daños en el derecho de familia, pero armonizándolo con el orden jurídico familiar. Tiene que existir una congruencia entre el interés individual de la persona afectada y el interés familiar. Los daños y perjuicios derivados del no reconocimiento de la filiación son una consecuencia de considerar como un hecho ilícito dicha actitud (de Souza Vieira, 2011).

Ello no quiere decir que podamos trasladar en forma instantánea los presupuestos genéricos de la responsabilidad civil al ámbito de las relaciones de familia, ya que ello podría traer aparejadas consecuencias funestas. Tiene que existir un factor de atribución especial de responsabilidad - dolo o culpa grave - para que

³¹Nota a fallo: de Souza Vieira, Viviana. Publicada en DFYP 2011. Cámara de Apelaciones de Concordia – sala civil y comercial II – 2010-12-07 – G – S., V. M de los A. c/ A., M. P. J.

proceda la acción en estos casos, esta postura fue recogida en el Proyecto de Código Civil de 1998 en su artículo 1686 (de Souza Vieira, 2011).

Presupuestos de Responsabilidad

En nuestro derecho privado vigente existe una regulación dual de la responsabilidad: *la contractual y la extracontractual*. La primera es tratada por el Código Civil al legislar sobre las obligaciones en general, mientras que la extracontractual es regulada en forma independiente (de Souza Vieira, 2011).

Para que pueda imponerse una sanción al causante del daño moral, es menester que este haya obrado con la maligna intención de producir ese daño. Para admitir la responsabilidad por daños y perjuicios se requiere el factor subjetivo de responsabilidad en el sentido de que el progenitor debe haber tenido o debido tener conocimiento del hecho dañoso (de Souza Vieira, 2011).

El factor de atribución de responsabilidad es la culpa o dolo del padre que no cumplió con su deber de reconocer a su hijo extramatrimonial. Si se demostrara este factor de atribución de responsabilidad el principio rector sería el dispuesto en el artículo 1109 del Código Civil. La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: antijuridicidad, daño, causalidad y factores de atribución (de Souza Vieira, 2011).

La Antijuridicidad:

Entendida como el comportamiento en contradicción con el ordenamiento jurídico. La actitud omisiva configura un acto antijurídico. En efecto, Mosset Iturraspe señala que *"La antijuridicidad de la omisión deviene, claro está, de la*

transgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe. La omisión puede ser antijurídica por ilicitud pero puede serlo, además por ser abusiva. En el abuso del derecho se encuentra el gran veneno de la omisión antijurídica". Es decir que la conducta del progenitor para que dé lugar al resarcimiento del daño moral deberá ser catalogada de antijurídica (de Souza Vieira, 2011).

Sin embargo para admitir la responsabilidad por daños y perjuicios se requiere el factor subjetivo de responsabilidad, en el sentido de que el progenitor debe haber tenido o debido tener el conocimiento de su paternidad. Esta y no otra debe ser la interpretación a la luz de nuestro derecho positivo y donde la carga de la prueba recaerá sobre aquél que alega dicho conocimiento (de Souza Vieira, 2011).

El Daño:

El daño puede ser material o moral. La concurrencia de estas dos categorías es independiente y puede presentarse cualquiera de ellas en forma autónoma. La falta de reconocimiento produce un daño moral en la persona del hijo, puesto que la falta de determinación del vínculo implica la privación de la titularidad de hijo y del goce de su emplazamiento como tal, y al mismo tiempo que no se accede al estado de hijo se le impide el uso del apellido del progenitor biológico, lo cual es un elemento integrante de su identidad (de Souza Vieira, 2011).

Brebbia caracteriza el daño moral como *"la lesión a un bien o interés extramatrimonial o, si se quiere mayor precisión, como la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extramatrimonial, ya que lo que caracteriza al daño jurídico es la conculcación o menoscabo producido a la protección que el*

derecho otorga al bien que recibe la tutela". Conforme a esta definición y teniendo en cuenta que los derechos y deberes que forman el derecho de familia, son en su mayor parte de orden extramatrimonial, conducen al jurista a sostener que la teoría del daño moral es de suma importancia en este ámbito del derecho (de Souza Vieira, 2011).

La Causalidad:

Es la relación entre la conducta jurídica y el daño. La conducta omisiva por sí misma ocasiona el daño. Corresponde por tanto resarcir los daños que sean consecuencia inmediata o mediata, del no reconocimiento y el daño moral causado al hijo que es el damnificado directo. Uno de los presupuestos más importantes de la obligación de resarcir es la relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento de causante del daño y el daño (de Souza Vieira, 2011).

Pizarro y Vallespinos señalan que: *"Es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido".* Los autores mencionados señalan que la relación de causalidad *"...tiende a dilucidar si las consecuencias dañosas de un hecho pueden ser atribuidas materialmente a la acción de un sujeto, poniendo en evidencia la autoría del hecho"*(de Souza Vieira, 2011).

La Imputabilidad o Factor de Atribución:

La omisión del reconocimiento puede ser dolosa o culposa, según medie intención de dañar o sólo negligencia. No se trata de una responsabilidad objetiva derivada de la falta de reconocimiento, sino que la conducta omisiva se la repudia en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente o negligentemente, sustrayéndose a los deberes que nacen del acto procreacional (de Souza Vieira, 2011).

Los daños que la violación al derecho de la propia identidad acarrea a la persona, deben ser resarcidos no existiendo en nuestro derecho una norma legal

expresa que resuelva la procedencia del resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del desconocimiento del derecho a la identidad del hijo por parte del padre que lo reconoció. No obstante, en la actualidad hay unanimidad de pareceres en reconocer al hijo extramatrimonial una acción contra su padre por esa causa en tanto - cabe aclarar de entrada- esa negativa haya sido dolosa o culposa (de Souza Vieira, 2011).

Cuando se vulnera en forma culposa el derecho a la identidad del individuo se configura un acto ilícito que como tal genera un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho. Todo hijo tiene el derecho a ser reconocido por su progenitor; para que exista el acto del reconocimiento el progenitor deberá saber de su existencia y este es el presupuesto "sine qua non" para poder emplazarlo en su estado de hijo (de Souza Vieira, 2011).

La conducta omisiva del progenitor *prima facie* debe ser tachada de antijurídica, pues existe un deber legal de todo padre a reconocer a su hijo. El perjuicio reclamado se deriva del perjuicio básico del derecho de daños, como lo es el "*alterum non leadere*" consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional y del derecho de todo ser humano de tener una filiación como derecho implícito no enumerado - art. 33 de nuestra Constitución Nacional- que hace a la dignidad e identidad de la persona - art. 14 Constitución Nacional- (de Souza Vieira, 2011).

En definitiva será responsable aquel que no pueda justificar un error excusable que exime la responsabilidad de quien más tarde es declarado padre o madre. Así por ejemplo, ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia en la propia esterilidad basada en análisis anteriores confiables, etc. Debe valorarse la conducta del progenitor antes y durante el juicio: una justificada

negativa a reconocer voluntariamente al hijo no eximirá la renuencia a prestarse a la prueba en sede judicial (de Souza Vieira, 2011).

En todos los casos la responsabilidad deberá ser subjetiva. Sólo la culpa justifica la responsabilidad. Todo el que viola el deber genérico de no dañar implícito en la norma del artículo 1109 es culpable, comete un acto ilícito y deberá responder por el daño que ocasione (de Souza Vieira, 2011).

De lo antedicho cabe aclarar que la negativa al reconocimiento de un hijo no se considera una conducta jurídicamente reprochable si se ignora la existencia el mismo, por lo que no existe obligación alguna. Si no se acredita el conocimiento del nacimiento de un hijo y por no existir una omisión voluntaria a la obligación de reconocimiento, resulta ajeno al supuesto de daño, por ausencia del debido nexo causal. El daño debe ser cierto respecto de su existencia y acreditarse por quien pretende su reconocimiento, en tanto mientras ello no ocurra no es un daño jurídico que merezca condena pecuniaria (de Souza Vieira, 2011).

1.4. Tercer Fallo³².

La Sra. R.B, en nombre y representación de su hija menor de edad, M.H., promueve demanda de filiación en contra del Sr. D.O.S a los efectos de que se la declare hija extramatrimonial del mismo, con fijación de alimentos provisionales.

Análisis de los argumentos del Fallo

³²Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil R. B., M. H. C/S., D. O. S/Filiación Sentencia 28 de Febrero de 1992. <http://ar.vlex.com/vid/r-b-m-h-d-35096883>

El juez de primer grado estando en trámite el proceso de reconocimiento judicial de filiación, hace lugar a fijación de alimentos provisionales, pues el derecho invocado presenta verosimilitud y puede considerarse suficiente, cuando el accionado, reconoce expresamente haber mantenido relaciones sexuales con la accionante.

Los alimentos debidos al menor, cuando no hubo reconocimiento voluntario por parte del progenitor

Nuestro Código Civil, en el art. 70 nos dice que: *“desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por un instante después de estar separados de su madre”*, pues bien, entendemos entonces que preceptúa que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y que antes de su nacimiento pueden adquirir derechos como si ya hubiesen nacido (Belluscio, 2010).

Por su parte, el art. 264 del C.C. establece que los deberes de la patria potestad surgen para los progenitores desde la concepción del hijo. Siendo así, surge entonces que la obligación alimentaria de los progenitores tiene su fundamento en la patria potestad. En razón de lo antedicho vamos a distinguir dicha obligación suscitada entre aquellos hijos nacidos dentro y fuera de la unión matrimonial (Belluscio, 2010).

a) Hijo proveniente de una unión matrimonial

Cuando el hijo es fruto de una unión matrimonial, no surge inconveniente alguno, conforme a la presunción del art. 243 del C.C. En ese sentido, la jurisprudencia provincial ha determinado la procedencia del reclamo alimentario efectuado por la madre del hijo en gestación contra el otro progenitor ya que el concebido era fruto de la unión marital razón esta que lleva a acoger el reclamo de la demandante fijándose alimentos provisorios para el hijo por nacer (Belluscio, 2010).

El juez que previno, estimó que la medida cautelar innovativa - como son los alimentos provisorios- surgía del vínculo marital entre la progenitora que reclamaba estos alimentos para su hijo y el demandado. El fundamento de la decisión fue el peligro de demora derivado de la gravidez de la mujer y el abandono por parte del marido quien cumplía el rol de proveedor económico para el sustento del hogar común (Belluscio, 2010).

Lo expresado supra nos orienta respecto al reclamo derivado en la obligación alimentaria que pesa sobre el padre del niño concebido durante la unión matrimonial; pues bien, según expresa Belluscio en este caso no se presentan inconveniente ya que dicha obligación deriva de aquella unión. Empero, resta preguntarnos ¿qué sucede cuando el concebido lo ha sido fuera del vínculo marital?, en este sentido observaremos continuamente que la obligación no se aniquila, muy por el contrario: se debe; pero conlleva la imperiosa necesidad de reclamo filiatorio contra el progenitor que niega la paternidad:

b) Hijo proveniente de una unión extramatrimonial que no ha sido reconocido

Cuando el hijo es extramatrimonial y, más aún, cuando la filiación ha sido impuesta por una sentencia - ante la falta de reconocimiento voluntario y oportuno, la cuestión a dilucidar es si, en el caso de los hijos extramatrimoniales, la madre tiene derecho para efectuar reclamo alimentario para el hijo en gestación desde el momento de la concepción o desde el reconocimiento paterno (Belluscio, 2010).

La discusión más virulenta se suscita cuando el hijo extramatrimonial no es reconocido en el momento de su nacimiento, sino por una sentencia que determine el vínculo filiatorio. Al verificarse esto último, parte de la doctrina considera que los alimentos se deben al hijo menor desde el momento de su concepción, conforme lo dispuesto por el art. 264 de nuestro C.C. (Pettigiani, 1998).

Se considera que los derechos deberes y de la patria potestad nacen en primer término del orden natural. Mal podría afirmarse que el padre no tenga la patria potestad en tanto no medie reconocimiento, dado que el mismo es *declarativo* y no *atributivo* del estado civil. El reconocimiento tendrá efectos retroactivos al día de la concepción, ergo, si la paternidad se remonta al tiempo de la concepción, no puede quedar librado al padre renuente el cumplimiento de la obligación alimentaria (Pettigiani, 1998).

Para el autor citado, la solución propugnada es la única compatible con la reforma constitucional producida en 1994, según rezan los arts. 3, 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, en el ámbito nacional se adoptó criterio diferente al considerar que la obligación de dar alimentos surge a partir del emplazamiento judicial de la relación filial, retrotrayendo la obligación alimentaria al momento del nacimiento -

y no de la concepción - del hijo extramatrimonial que no fue reconocido en forma voluntaria ni oportuna por parte del progenitor (Pettigiani, 1998).

Consideramos que la postura adoptada por el citado autor es acertada en cuanto determina que la obligación de dar alimentos al hijo extramatrimonial que no fue reconocido, es debida desde la concepción. Dicha obligación pesa en contra del progenitor que haya o no sabido de la existencia del embarazo sin importar que la mujer pudiera demostrar de manera fehaciente que aquel conocía su estado de gravidez.

No obstante es muy probable que para eximirse de la carga, el progenitor niegue haber conocido el estado gestante de la mujer. En este supuesto nuestra postura es – desde el momento de la concepción del niño - se crea la obligación alimentaria, lo que concuerda con la igualdad propugnada tanto a los hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales.

Asimismo, toda vez que el progenitor pretenda desligarse con su actitud renuente a la carga y compromiso que debe asumir, es razonable que se lo condene al pago de dicha obligación, más aun teniendo en cuenta que son numerosos los casos en que por voluntad propia - y a sabiendas de su paternidad –no ha reconocido oportunamente al hijo, haciendo necesario entablar en su contra la demanda de paternidad, por lo cual resulta lógico que la sentencia, conjuntamente con el reconocimiento filial, lo condene al pago de una obligaciones alimentarias.

CAPITULO V

Propuesta Planteada

Dentro de la esfera del reconocimiento al hijo extramatrimonial nos encontramos que la consecución del mismo, según nuestra ley, debe ser seguido por conocimiento ordinario. Desde nuestra reflexión, consideramos que sería acertado suprimir el largo proceso y tiempo que demanda este tipo de juicio toda vez que consideramos conveniente, a los fines de agilizar el reconocimiento del hijo, que el proceso sea llevado conforme el procedimiento especial a los fines de acortar los plazos y dar una respuesta libre de estorbos y obstáculos al reclamo de la persona que procura conocer su origen e identidad biológica.

Buscamos enfrentar un problema social suscitado ante la falta de reconocimiento por parte del progenitor, y en razón de ello, consideramos que el proceso abreviado es una vía expedita, equitativa y más económica que nos permitirá alcanzar la verdad biológica acerca de la existencia de vínculo filial.

En razón de lo comentado supra, abogamos - en coincidencia con doctrina mayoritaria - que el pedido que ordena la realización de la prueba biológica es un instrumento y medio fehaciente que permite determinar la filiación; facilitando al juez dictar sentencia sin más trámite. El acortamiento del plazo – mediante conocimiento abreviado - debería ser la forma que en adelante implementen los magistrados a los fines de una pronta sentencia ante el reclamo del demandante.

Por su parte, la Dra. Patricia Carricart³³ ha dicho respecto a la identidad de las personas, que la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia *“ha puesto y sigue poniendo a disposición de todo el país la realización gratuita de estudios de*

³³Dra. Patricia Carricart , en representación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/20dhpnDerecho_a_la_identidad_dimensiones_experiencias_y_politicas_publicas.pdf

ADN que les ha permitido a muchos chicos del país contar con la filiación paterna de la que, generalmente, carecían”.

Teniendo en cuenta las palabras mencionadas supra, advertimos que no cabe la posibilidad de excusarse ante el juez de no realizarse la prueba por falta de medios económicos, ya que la misma podrá cotejarse de manera gratuita a los fines de determinar la filiación.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba en su art. 418 nos dice: *se sustanciará por el trámite de juicio abreviado:*

- 1) Toda demanda cuya cuantía no exceda de quinientos (500) jus, con excepción de las que persigan la condenación de daños y perjuicios que, cualquiera sea su monto, se tramitará por el juicio ordinario;*
- 2) La consignación de alquileres;*
- 3) La acción declarativa de certeza;*
- 4) El pedido de alimentos y litis expensas;*
- 5) Los incidentes;*
- 6) Todos los casos para los cuales la ley sustantiva establece el juicio sumario u otra expresión equivalente y;*
- 7) Los demás casos que la ley establezca.*

A nuestro entender debería contemplarse un octavo inciso el cual disponga:

8) *La acción de reclamo filiatorio extramatrimonial.*

El C.P.C.C. de Córdoba describe los juicios especiales enumerados en siete capítulos de los cuales algunos se tramitan mediante proceso sumario. Nuestra obra se dirige a favor de la viabilidad de anexar un octavo capítulo que regule la filiación extramatrimonial.

Con referencia plasmada en el derecho comparado – ley 28.475 de Perú que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y del Código Procesal Civil de Entre Ríos – haremos descripción de nuestro planteo:

Capítulo VIII: Filiación Extramatrimonial

Art. 1º: Demanda.- La parte que promoviere juicio de filiación deberá:

1. Acreditar el título en cuya virtud solicita la filiación.
2. Acompañar toda la documentación que tuviere en su poder y que haga a su derecho.
3. Ofrecer toda clase de prueba de que intenta valerse, incluso testimonial, a los fines de acreditar el vínculo filiatorio.

Art. 2º: Audiencia preliminar.- El juez que entienda la causa, sin perjuicio de ordenar las medidas probatorias que fueren solicitadas, determinará una audiencia dentro de un plazo que no podrá exceder de diez (10) días.

El plazo correrá desde la fecha de la presentación de la demanda. La comparecencia a la audiencia es de carácter personal. Podrá requerirse, si correspondiere, la venida del representante del Ministerio Pupilar. El juez

procurará el avenimiento entre las partes, en cuyo caso, lo homologará en ese mismo acto, poniendo fin al pleito.-

Art. 3º: Incomparecencia no justificada del Demandado. Efectos.- Cuando, sin causa justificada, no compareciere a la audiencia prevista en el artículo anterior, el juez de la causa podrá disponer de una nueva, otorgando un plazo de cinco (5) días para verificar la misma, bajo apercibimiento de establecer la paternidad de la parte rebelde.-

Art.4º: Incomparecencia no justificada de la Actora. Efectos.- Cuando, sin causa justificada, no compareciere a la audiencia prevista en el artículo anterior, el juez señalará nueva audiencia, en el plazo previsto en el artículo anterior, bajo apercibimiento de tenerla por desistida de su pretensión.-

Art.5º: Incomparecencia Justificada.- Las partes tendrán, por una sola vez, justificación de la incomparecencia, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 3º y 4º, según el caso, si la causa subsiste.-

Art.6º: Intervención del Demandado.- El demandado podrá formular oposición dentro del plazo de diez (10) días de notificado, de no hacerlo, el juez dictará la declaración judicial de paternidad.-

Art.7º: Oposición del Demandado.- Se suspenderá la decisión del juez cuando el demandado sea obligado al examen de la prueba biológica de ADN, la cual deberá realizarse dentro los diez (10) días siguientes. Las partes deberán comparecer el día y hora del turno asignado por el Servicio de Genética Forense del S.T.J.

La prueba se realizará con muestras de la madre, el padre y del hijo, sin perjuicio de poder requerir muestras de los parientes hasta el cuarto grado que pudieran corroborar la identidad del menor.

Si vencido el plazo de diez (10) días, el oponente no realiza la prueba, sin causa justificada, la oposición será declarada improcedente y el juez dictará la declaración judicial de paternidad.

Art. 8°: Oposición fundada del Demandado.- Se declarará fundada, la prueba que arroje un resultado negativo respecto la compatibilidad de la filiación que se reclama. En este caso, la parte actora será condenada a abonar los costos del proceso y costas judiciales.

Art.9°: Oposición infundada del Demandado.- Se declarará infundada, la prueba que arroje resultado positivo respecto compatibilidad filiatoria, en cuyo caso el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, debiendo el demandado abonar los costos del proceso y costas judiciales.

Art. 10°: Apelación.- La sentencia que declare la filiación extramatrimonial podrá ser apelada dentro de un plazo de tres (3) días. El Juez que entienda la causa tendrá diez (10) días para resolver la cuestión.

CONCLUSIONES

La filiación es la relación de parentesco de mayor grado, que liga la descendencia entre dos individuos la que una parte resulta ser el padre o madre y la otra el hijo/a de aquellos. Puede definirse como un vínculo jurídico que determina un vínculo biológico *-filiación por naturaleza-*, o un vínculo legal *-filiación por adopción-* (Bossert. y Zannoni,2005).

Los hijos pueden nacer, teniendo en cuenta la situación jurídica de sus progenitores: dentro o fuera del matrimonio, y en éste último caso se llama hijo extramatrimonial. Nuestro Código civil atendiendo a aquella circunstancia jurídica mantuvo por años las diferencias entre hijos e incluso las categorizó (Borda, 1993).

Las reformas posteriores que se fueron sucediendo conforme los avances sociales, el desarrollo económico y cultural, permitieron paulatinos cambios en materia filiatoria tendientes a la unidad de la filiación. Finalmente, se sanciona la ley 23.264 que equipara en sus derechos y obligaciones a todos los hijos, suprimiendo cualquier desigualdad y proclamando que todos los hijos son iguales ante la ley (Borda, 1993).

Sin embargo, creemos que la ley 23.264 no alcanza a zanjar cabalmente la institución abordada, pues no es cierto que existan en las situaciones fácticas la mentada plena igualdad, desde que los hijos nacidos dentro del matrimonio; los hijos nacidos de una pareja estable y con visos de permanencia; los hijos nacidos de una relación esporádica y casual, ostentan desigual miramiento social y jurídico(Méndez Costa, 1986).

Los hijos matrimoniales, quedan emplazados con el casamiento de sus progenitores, rigiendo así la presunción de paternidad (Méndez Costa, 1986).

Empero, el hijo extramatrimonial que no ha sido reconocido por su progenitor ve truncada dicha presunción al no existir un padre presumido por ley. En razón de lo antedicho, no sería desacertado pensar que los hijos extramatrimoniales frecuentemente no resultan totalmente integrados con su familia de origen, principalmente la paterna (Méndez Costa, 1986).

Desde épocas ancestrales, nuestra legislación civil ha presumido que la paternidad del hijo nacido en el matrimonio es del marido de la madre. Ahora bien, cuando se trata de hijos nacidos fuera del matrimonio, no existe tal presunción y solo es posible lograr el reconocimiento del hijo por un acto voluntario del progenitor o por medio de la resolución judicial.(Belluscio, 2004).

Lo cierto es que si el padre se niega a reconocerlo voluntariamente y se promueve el juicio de filiación, las probabilidades que transcurran varios años para que se le atribuya el vínculo filial, en virtud de una sentencia firme, son muy vastas.

Nuestra Constitución Nacional, afianza con la reforma de 1994, los derechos inherentes a la dignidad humana, como el de conocer el origen biológico, el derecho a establecer lazos filiativos, el derecho a la identidad del niño y del adulto, el derecho a la historia personal, entre otros. Éstos fueron receptando en los Tratados Internacionales a los que se les otorgo jerarquía constitucional superior a las leyes, y donde se consagran la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Bidart Campos, 2001).

Respecto a la filiación reclamada por quien ha nacido fuera del matrimonio, nuestro ordenamiento jurídico requiere que el trámite se verifique por vía ordinaria.

Esta vía procesal es la más extensa ya que consiste en admitir plazos amplios que se manifiestan en cada una de las etapas que lo componen (Zannoni, 1989).

Por su parte, el juicio abreviado previsto taxativamente en el art. 418 del C.P.C.C. de Córdoba para el cual presentamos nuestra propuesta de regulación, analizado oportunamente ofrece un particular trámite: presenta las mismas etapas que el ordinario, asumiendo como rasgo distintivo la supresión de los alegatos y reduciendo el tiempo de resolución del conflicto. La simplificación ritual se traduce en tiempos procesales breves, garantizando el debido proceso en sus etapas esenciales, sin desmedro de la justicia. Con el propósito de conseguir sentencias en un lapso razonable, evitando dilaciones, recursos jurídicos redundantes y obviando la recepción de prueba innecesaria y nimia.

El trámite abreviado, desde nuestra perspectiva, es la vía procesal más correcta para encarar cuestiones referidas a la filiación extramatrimonial, consideramos acertadas las profusas bondades del mismo, toda vez que elimina las vacilaciones que lleva ínsita la espera, descongestiona la labor de los tribunales, contribuye con el ahorro de tiempo, esfuerzo, y costos procesales.

Actualmente las relaciones familiares desbordan la autonomía privada regulada por normas imperativas de orden público, comprendiendo una contienda social que merece ser tratada con prontitud (Belluscio,2004). Por ello, la importancia de que se acoja un procedimiento ágil para el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales.

El derecho a la intimidad no puede transformarse en un escudo de liberación de las cargas y deberes familiares. Más aun, cuando se trate de buscar la verdad respecto el vínculo filiatorio, toda vez que el derecho que compete al niño por conocer

su verdad es superior al amparo que pudiera alegar el demandado, aduciendo resguardo de su intimidad y rehusando su colaboración en la prueba genética que facilitara el esclarecimiento del reclamo.(Arianna, C. y Grossman, C. 1992).

Respecto a las modificaciones dentro del derecho comparado, podemos observar las diversas modificaciones referidas a la investigación de la paternidad extramatrimonial, donde la mayoría de los países propugnan la obligatoriedad de la prueba genética.

Tal es así, que Brasil -con la vigencia de la Ley 8560- permite la investigación de oficio de los hijos extramatrimoniales. Por su parte, Costa Rica regula la ley de Paternidad Responsable, como una declaración administrativa de paternidad. Mientras que Perú y Chile, en coincidencia con nuestra postura, otorgan a la prueba del ADN un valor indiscutible, conminando al demandado a la realización del examen. De lo dicho, podemos afirmar que todos estos países contienen un espíritu común: aligerar los plazos procesales basados en la certeza genética para determinar la filiación extramarital (Lloveras, 2007).

La modificación planteada en nuestra obra, cuenta con una piedra basal proporcionada por la ciencia: el Ácido Desoxirribo Nucleico (ADN), cuyo valor casi exacto, colabora en la búsqueda de la verdad biológica de aquellas personas que buscan conocer su origen. Nos inclinamos a favor de un proceso abreviado respecto del reclamo, soslayando de esta manera la dilación del pleito. El proceso ordinario que demanda años de espera, conlleva a los interesados a transitar angustias y sinsabores. Proponemos que el reclamo se promueva por la vía abreviada en lo referido al reclamo extramatrimonial de paternidad.

Consideramos que no existe otra prueba tan precisa, exacta, y de mayor importancia que la genética. El Derecho está proponiendo cambios que terminen con victorias pírricas, principalmente en cuestiones de familia, por lo tanto estamos convencidos que el examen de ADN es la mejor prueba para garantizar el nexo parental tan cabalmente.

Concluimos nuestra obra sosteniendo que, mediante el examen genético del ADN se busca de manera directa establecer el vínculo filiatorio extramatrimonial; *no ya mediante la apreciación conjunta de las pruebas*, sino a través de la intimidación contra el demandado al sometimiento de la misma, por considerarla precisa y de valor contundente. Pretendemos zanjar las controversias, negativas y chicanas que podrían presentarse durante el transcurso del reclamo, proclamando un proceso expedito que acote los plazos que conllevan a dirimir el litigio, en pos de la búsqueda de la verdad biológica a favor de la persona que reclama su derecho de conocer su origen.

Asimismo, proclamamos y abogamos por un cambio radical respecto del proceso ordinario que resuelve el reclamo filiatorio. Pretendemos que en adelante nuestra jurisprudencia – respecto a las causas de familia suscitadas en torno al reclamo filiatorio - dirima las mismas a través del *procedimiento especial* que desde esta obra se sugiere, por considerarlo una vía acotada en tiempos, toda vez que facilita la labor jurídica a la hora de solucionar y dar respuestas a las demandas de reclamo filiatorio extramatrimonial.

BIBLIOGRAFIA

❖ ARAZI, R. (1986). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca.

❖ ARIANNA, C. y GROSSMAN, C. (1992). *La negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación extramatrimonial*. [Versión electrónica] La ley online. <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013bc5e6a698ea4dbb51&docguid=i3447A842997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447A842997F11D6A2580001024B5421&spos=1&epos=1&td=2&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=135&crumb-action=append> (Recuperado el 28/11/2012).

❖ BELLUSCIO, C. (2004). *Manual de derecho de familia* (7ª ed) T II . Buenos Aires: Astrea

❖ BELLUSCIO, C. (2010). *Momento desde el cual se deben alimentos para el hijo menor de edad, cuando éste no ha reconocido de manera voluntaria*. [Versión electrónica] La ley online. <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad818160000013c077625c3717bd8f4&docguid=i631A32B55BE71967634CCC27AD58051B&hitguid=i631A32B55BE71967634CCC27AD58051B&spos=8&epos=8&td=18&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=55&crumb-action=append> (Recuperado el 28/01/2013)

❖ BEDROSSIAN, G. (2001). *Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala civil y comercial*. [Versión electrónica] La ley online. <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad600790000013bc55bf0c774d3127a&docguid=iC8EA4BF0927411D686070050DABAA208&hitguid=iC8EA4BF0927411D686070050DABAA208&spos=20&epos=20&td=140&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append> (Recuperado el 22/11/2012)

❖ BIDART CAMPOS, G.(2001). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Astrea.

❖ BIDART CAMPOS, G.(1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar

❖ BOSSERT, G. A. (1993). *Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo I y II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

❖ BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A. (2004). *Manual de derecho de familia*. (6ª ed.) Buenos Aires: Astrea.

❖ BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E.A. (2005). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

❖ CEJAS MAZZOTTA, G. (2000). *Identificación por ADN*. (2ª ed.) Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo

❖ DE SOUZA VIEIRA, V. (2011). *Daños y perjuicios en la filiación*. [Versión electrónica]. La ley online <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad60079000013be8bae879ade5486b&docguid=iBEECA7FE28AAA4F0652753D0213081CE&hitguid=iBEECA7FE28AAA4F0652753D0213081CE&spos=40&epos=40&td=45&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=83&crumb-action=append> (Recuperado el 19/11/2012).

❖ DE SOUZA VIEIRA, V. (2011). *Daños y perjuicios en la filiación*. [Versión electrónica]. La ley online <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad60079000013be8bae879ade5486b&docguid=iBEECA7FE28AAA4F0652753D0213081CE&hitguid=iBEECA7FE28AAA4F0652753D0213081CE&spos=40&epos=40&td=45&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=83&crumb-action=append> (Recuperado el 19/11/2012)

- ❖ DI LELLA, P. (1997). *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Depalma.

- ❖ FAMÁ, M. V. (2011). *La Filiación. Regimen Constitucional, Civil y Porcesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- ❖ FANZOLATO, E. I. (2007). *Derecho de Familia* (Tomo I).Córdoba: Advocatus.

- ❖ FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

- ❖ FERREYRA DE LA RÚA, A – GONZALEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría General del Proceso* Tomo I(2003)Córdoba:Advocatus

- ❖ GOZAÍNI, O. A. (1991). *Respuestas procesales*. Buenos Aires: Ediar.

- ❖ KROSNOW, A. N. (2005). *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de Filiación – Procreación asistida*. Buenos Aires: La Ley.

- ❖ LLOVERAS, N. (1986). *Patria potestad y filiación*. Buenos Aires: Depalma.

- ❖ LLOVERAS, N. y SALOMON, M. (2009). *Fundamentos constitucionales del derecho de familia*. Buenos Aires: Universidad.

- ❖ LLOVERAS, N. (2007). *La Filiación: en la Argentina y en el Mercosur*. Buenos Aires: Universidad.
- ❖ MÉNDEZ COSTA, M. J. (1986). *La filiación..* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ❖ MENDEZ COSTA, M. J. y D' ANTONIO D.H. (2001). *Derecho de familia. Tomo II y III*. Argentina: Rubinzal-Culzoni
- ❖ MENDEZ COSTA, M. J., LORENZO DE FERRANDO, M. R., CADOCHÉ DE AZVALINSKY, S, D'ANTONIO, D. H., FERRER, F A.M., ROLANDO, C. H. (1981). *Derecho de familia*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ❖ PALACIO, L.A (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* . Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ❖ PETTIGIANI, E. (1998). *El suministro de alimentos a la mujer embarazada, en Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ❖ RAMACCIOTTI, H. (1980). *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ❖ SAGUÉS, N. P. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Astrea
- ❖ VERRUNO, L. y HAAS, E. J.C. (1985). *Manual para la investigación de la Filiación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

❖ ZANNONI, E. A. (1989). *Derecho civil. Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

ANEXOS

Citamos el comentario³⁴ de la Lic. Victoria Martínez referido a “los aspectos conceptuales sobre el derecho a la identidad *La construcción social, cultural y jurídica de la identidad*”.

Consideramos que la glosa precedente es rica y vasta respecto la protección del derecho a la identidad que como seres humanos gozamos, el cual debe ser respetado social y jurídicamente.

La protección del derecho a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos.

El reconocimiento del derecho a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido una construcción que evolucionó desde los primeros instrumentos internacionales que surgieron a mediados del siglo XX hasta la actualidad.

Se observa en los primeros instrumentos de la post-guerra, por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, que el derecho a la identidad no se consagró en los mismos términos que en los instrumentos posteriores. Sin embargo, varios de los elementos que hoy consideramos como constitutivos del derecho a la identidad eran susceptibles de protección jurídica desde entonces. A modo de ejemplo podemos mencionar el derecho a una nacionalidad, a no sufrir injerencias ilícitas en la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de conciencia y religión, entre otros.

³⁴Comentario de la Lic. Victoria Martínez - Directora Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad y Secretaría de Derechos Humanos.http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/20dhpnDerecho_a_la_identidad_dimensiones_experiencias_y_politicas_publicas.pdf

Unos años más tarde, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 18 y 20), y particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño – en adelante CDN - los artículos 7, 8 y 11. Estos artículos son conocidos internacionalmente como los “artículos argentinos” puesto que, gracias a la lucha de Abuela de Plaza de Mayo, fueron introducidos a instancias de la delegación argentina, con el objetivo de impulsar a los gobiernos a adoptar medidas que previnieran las desapariciones forzadas de niños y niñas, como las que tuvieron lugar durante la última dictadura militar.

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental y su protección jurídica es resultado de un contexto histórico determinado. La identidad de una persona constituye un proceso que se inicia con el nacimiento y se prolonga hasta la muerte. La vida de un individuo se desarrolla en un entramado de relaciones sociales que al mismo tiempo que provee los recursos de desarrollo y afianzamiento de la propia identidad, requiere de ésta para generarse. La identidad se presta, de este modo, a ser interpretada como un “supuesto no cuestionable” de la acción humana: en nuestra vida cotidiana damos por sentado que tanto nosotros como nuestros interlocutores poseen una identidad propia.

La identidad no es solo una consecuencia de un adecuado registro del nacimiento, sino que es un proceso que se desenvuelve a través del tiempo. Por este motivo debe ser considerada un fenómeno dinámico. Durante su crecimiento, el niño va constituyendo su identidad en contacto con su familia, su historia y el medio cultural en el que se desarrolla.

Los Estados, al constituirse como Estados Partes de la CDN, reconocen este proceso y asumen el compromiso de respetar, proteger y restablecer este derecho rápidamente cuando un niño sea vulnerado o privado de su identidad ilegalmente. Se resalta la importancia de una respuesta expedita y rápida para el niño por parte del Estado, quien debe intervenir con la mayor celeridad posible en una situación de vulneración de derechos.

La República Argentina ratificó los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados y les otorgó jerarquía constitucional en la reforma del año 1994 a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Asimismo, se ha obligado, conforme el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, a *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los **tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...**”*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen que el derecho a la identidad está constituido por diferentes aspectos. La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, o Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada en 1969 y Argentina la ratificó en 1984 una vez restablecida la democracia. En su artículo 18 establece: *“Derecho al nombre: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”*

En el artículo 20 además establece el derecho a la nacionalidad: “*Derecho a la nacionalidad:*

1. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*
2. *Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.*
3. *A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.*

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado en el seno de Naciones Unidas en el año 1966 y ratificado por nuestro país en 1986, en su artículo 24 dispone: “... 2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.* 3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.*

Sendos instrumentos reconocen, a su vez, derechos como la libertad de conciencia y de religión -CADH, artículo 12- o a la propia vida cultural, religión o idioma propio de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas –PIDCP, artículo 27-; todos ellos, derechos relacionados con diversos aspectos de la construcción de la identidad.

La **Convención sobre los Derechos del Niño** -adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 y ratificada por Argentina en 1990 - en sus artículos 7 y 8 reconoce explícitamente el derecho a la identidad de todos los niños, niñas y adolescentes (hasta los 18 años de edad) y obliga a los Estados Partes a respetarlo, hacerlo respetar y adoptar medidas de acción positiva a fin de garantizarlo.

Cabe destacar que este instrumento refleja el avance conceptual que se ha dado en materia de reconocimiento de derechos. Es el primer tratado que

específicamente habla del “*derecho a la identidad*” y en el articulado refleja varios de los elementos que la componen, tanto el derecho al nombre, a la nacionalidad, a ser criado por los padres, a las relaciones familiares sin injerencias ilícitas.

En tal sentido, el artículo 7 establece: *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.”*

En este artículo se establece la obligación del Estado de inscribir al niño, y se reconoce el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y a ser criado por sus padres, garantizando la preservación de los vínculos de origen.

El registro del nacimiento es el primer reconocimiento oficial por parte del Estado de la existencia de esa persona, y constituye una garantía para el ejercicio posterior de derechos. Un niño no registrado se torna “no visible” y se convierte en un sujeto en situación de vulnerabilidad en cuanto al goce de sus derechos.

Por lo tanto, la inscripción inmediata al nacimiento es una medida de prevención frente a peligros como la venta, comercio, apropiación, adopción ilícita, trata o tráfico de niños, entre otros delitos.

En segundo lugar el artículo 8 establece:

“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.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

La amplitud otorgada al derecho a la identidad fue producto de los aportes realizados por la Argentina durante las discusiones para la redacción de la Convención y estuvo inspirado por el fenómeno de la desaparición forzada de personas, incluidos niños, que tuvo lugar en el país durante la práctica sistemática del terrorismo de Estado.

Los artículos 7 y 8 describen tres aspectos de la identidad (nacionalidad, nombre y relaciones familiares); sin embargo, toda vez que la identidad de una persona no se agota en el dato biológico de su existencia física, sino que abarca todos los aspectos que la integran como ser humano, estos deben aplicarse de manera armónica con diferentes artículos, como por ejemplo el 2º (no discriminación), el 14º (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y el 30º (derecho a tener su propia cultura, religión e idioma), que protegen otros aspectos vinculados directamente con la identidad.

Estos artículos se complementan también con lo que establecen los artículos 9 y 16 de la CDN, en tanto estas normas apuntan a evitar la separación arbitraria de los niños respecto de sus padres, fortaleciendo el derecho a la convivencia familiar.

El artículo 9 establece: *“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separaciones necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo,*

en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

El artículo 16 establece: *1. “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”*

La CDN establece no solo las responsabilidades del Estado sino también las de la **familia**, que es considerada un pilar sobre el cual debe garantizarse el ejercicio pleno de los derechos de los niños.

En este sentido, obliga a los Estados Parte a reconocer las responsabilidades y los deberes de los padres de impartirle al niño dirección y orientación apropiadas para que él ejerza los derechos reconocidos (artículo 18).

En síntesis, la identidad incluye tanto la inscripción del nacimiento en el seno de una familia y la asignación de un nombre y nacionalidad propios, como la inserción dentro de una comunidad, con su lengua, su cultura, su territorio y su historia colectiva, aspectos desde los cuales es posible construir la propia historia y proyectarse socialmente en el tiempo como un ser único e irrepetible. El reconocimiento del derecho a la identidad es vital para el ejercicio de los demás derechos y debe ser preservado de toda forma de vulneración o discriminación. Así, el Estado debe brindar a la comunidad las herramientas necesarias para que las familias puedan constituirse como el contexto ideal de desarrollo y ejercicio de derechos. Mientras que el Estado se encuentra obligado a poner en marcha todos los mecanismos necesarios para que las familias y los niños puedan acceder y gozar sin obstáculos de sus derechos, las familias son responsables de que los niños ejerzan tales derechos en el seno de la misma.

La protección de la identidad en la legislación interna

En septiembre de 2005 fue sancionada la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Siguiendo con la misma concepción jurídica de la CDN, esta ley reconoce, en sus **artículos 11, 12 y 13**, el **derecho a la identidad** de todos los niños y genera un **compromiso a los organismos del Estado de facilitar, colaborar y garantizar el respeto y preservación de este derecho.**

El artículo 11 establece: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.*

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

El artículo citado, titulado **“Derecho a la Identidad”**, da cuenta tanto de los aspectos filiatorios de la identidad como de sus aspectos socio-culturales, y enfatiza en el deber de los organismos del Estado de facilitar y prestar colaboración en la búsqueda y obtención de información para el reencuentro de los niños con sus respectivos padres.

Esta obligación de colaboración se sustenta sobre la base del derecho que tienen los niños a conocer y a crecer con sus padres biológicos, a mantener un vínculo con ellos y a desarrollarse en su familia de origen.

Por otra parte el artículo 12 establece: *“Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.*

Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley.

Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente”.

El artículo 12 de la ley se refiere a las responsabilidades del Estado como garante de la identificación e inscripción de las personas. La identificación de los niños recién nacidos se encuentra regulada en la Ley N° 24.540 de Identificación del Recién Nacido, la cual no se ha reglamentado. Cabe destacar que esta ley establece un procedimiento de identificación del binomio madre - hijo, aunque este procedimiento ha resultado objeto de profundas críticas por parte de operadores del área de salud, como así también de los registros civiles provinciales. Desde la sanción de dicha ley

han existido numerosos intentos para reglamentar y poner en funcionamiento el procedimiento establecido en la norma.

1 - Asimismo, todos los actos o hechos que dieran origen, alteraren o modificaren el estado civil y la capacidad de las personas se encontraba regulado en el Decreto N° 8204/63, el cual fue derogado por la Ley N° 26.413 promulgada el 1° de octubre de 2008. La sanción de esta ley implica un avance fundamental del Estado argentino en su obligación de garantizar el derecho a la identidad de los ciudadanos toda vez que introduce en su artículo 28 la inscripción de oficio de todos los nacimientos ocurridos en el territorio argentino.

Mientras tanto, ante las dificultades observadas para arribar a un acuerdo, varias provincias avanzaron con leyes provinciales de similares características o con políticas concretas de identificación cumpliendo finalmente el objetivo propuesto, que es establecer la certeza del binomio facilitando la inscripción y previniendo el robo de niños. La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación impulsó y formó parte de la comisión integrada por representantes de la Secretaría de Justicia del mismo ministerio, del Registro Nacional de las Personas (Re. Na. Per.) del Ministerio del Interior, del Ministerio de Salud y de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) del Ministerio de Desarrollo Social cuyo fin fue elaborar un anteproyecto de ley que subsanara las objeciones señaladas a la Ley N° 24.540 y superara los obstáculos de implementación. De este rico proceso de intercambio de visiones y responsabilidades, surgió una propuesta que prevé la utilización de métodos más modernos para resguardar la integridad del binomio madre-hijo, y que reemplaza y supera a la actual ley.

Además, el artículo 12 de la Ley N° 26.061 establece que un niño nacido en hospitales o sanatorios siempre debe ser identificado a través del establecimiento del vínculo filial con su progenitora, aún si ella no posee documento nacional de identidad (DNI). La última parte del artículo señala que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la inscripción gratuita de aquellos adolescentes y madres que no hayan sido inscriptos oportunamente. Esto significa que toda persona menor de edad y toda madre cuyo nacimiento no haya sido registrado en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, tiene derecho a realizar la inscripción correspondiente en forma gratuita.

Por último, el Decreto N° 415/06 reglamenta el artículo 12 de dicha ley, y establece que, en los casos en que se proceda a inscribir a un niño 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 conocer quién es el padre es un derecho humano, que hace a la identidad del niño. También se establece que si los centros médicos detectan la indocumentación de los padres, el agente que tome conocimiento deberá informar a los organismos competentes a fin de garantizar el acceso a la tramitación y expedición de los documentos. Si la indocumentación continuara al momento del parto, en el Certificado de Constatación de Parto que expide el centro médico, público o privado, se consignará nombre, apellido, fecha de nacimiento, domicilio, edad, huellas dactilares y nacionalidad del progenitor que carece de documento que acredite identidad.

Finalmente, el artículo 13 establece: *“Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas tienen derecho a obtener los documentos públicos que*

comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540”.

En este artículo, titulado “Derecho a la Documentación”, se establece el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes, y las madres que no posean documentación, a obtenerla para comprobar y acreditar su identidad.

2 - El Poder Ejecutivo Nacional en su conjunto elaboró el proyecto y lo presentó en el año 2007 (0016-PE- 2007). Dicho proyecto recibió media sanción en la Cámara de Diputados y fue observada en la Cámara de Senadores en su función de Cámara revisora por lo cual, al cierre de esta edición se encuentra nuevamente en la Cámara de Diputados.

Es interesante observar que el artículo no hace referencia al DNI solamente, sino a *“los documentos públicos que comprueben su identidad”*, por lo que esta disposición refuerza el acceso tanto a los documentos que acrediten la identificación, la inscripción del nacimiento en los registros civiles, como también al DNI que expide el Registro Nacional de las Personas e inclusive el Pasaporte.

El Decreto N° 415/06, al reglamentar el artículo 13 de la Ley N° 26.061, trajo aparejado un significativo avance en la garantía estatal al ejercicio del derecho a la identidad en tanto estableció la **gratuidad** del otorgamiento del **primer DNI** a todos los niños, niñas y adolescentes nacidos en el territorio argentino. De esta forma se fortalece el goce en igualdad de este aspecto de la identidad, permitiendo el acceso sin obstáculos hasta los 21 años al documento que, conforme la Ley N° 17.671 (Identificación, Registro, Clasificación del Potencial Humano Nacional) es de presentación obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la

identidad de las personas, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuere su naturaleza y origen.

Esta disposición establece de modo permanente, lo establecido oportunamente por el Decreto N° 262/2003 en forma temporal, respecto de la gratuidad de la tasa del DNI de los niños recién nacidos en el territorio nacional y hasta los 6 meses, ampliando la exención del pago hasta los 21 años.

Es importante mencionar que, a pesar de esta disposición normativa, no existe una práctica uniforme de gratuidad concerniente a la inscripción de nacimientos en los registros de estado civil y capacidad de las personas (para obtener la partida de nacimiento), dependientes de cada provincia, por lo que en los hechos, al ser la gestión de la partida de nacimiento un requisito previo a la tramitación del DNI (el artículo 9° de la Ley N° 17.671 exige la presentación del “testimonio de nacimiento” para acceder al DNI), la población de aquellas provincias que otorgan ese instrumento contra el pago de una tasa, no accede gratuitamente al DNI.

De cualquier forma, este marco legal constituye un adelanto en materia de garantía de derechos de los niños, puesto que luego de décadas de retroceso del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones como garante de los derechos humanos, como consecuencia de la dictadura militar y el debilitamiento sistemático de las instituciones del Estado, amplios sectores de la sociedad han quedado en situación de exclusión social.

En este marco, muchos niños, niñas y adolescentes no han podido acceder a un documento público que acredite su identidad, constituyendo una clara vulneración al derecho a la identidad.

En lo que refiere a las normas del derecho penal que pretenden proteger el derecho a la identidad, existe una obligación asumida por parte del Estado de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para proteger los derechos reconocidos.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (en adelante Protocolo Facultativo de la CDN) establece como primera obligación de los Estados Parte la prohibición en la legislación penal de dichas conductas (artículos 1, 2 y 3).

El Protocolo Facultativo de la CDN en su artículo 2 inciso a) establece que por venta de niños se entenderá: “...*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”. Esta conducta no ha sido tipificada en idénticos términos por nuestro ordenamiento jurídico penal, haciéndose necesaria la modificación normativa. No obstante, han sido tipificadas en el Código Penal Argentino conductas íntimamente relacionadas con la venta de niños.

El Código Penal establece ciertos tipos que contemplan algunas de las conductas violatorias del derecho a la identidad. En tal sentido, debe mencionarse lo establecido en los artículos 138, 139 y 139 bis del Código Penal relativos a los delitos de supresión y suposición del estado civil y contra la identidad de las personas.

Ahora bien, la inducción indebida del consentimiento para obtener una adopción en violación a lo establecido en el ordenamiento jurídico argentino, afecta el derecho del niño a su identidad, el derecho a ser criado por sus padres, a no ser separado de ellos contra su voluntad, entre otros derechos ampliamente reconocidos

en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El artículo 307 del Código Civil establece en qué situaciones los padres quedan privados de la patria potestad y por lo tanto un niño puede ser dado en adopción. Es por ello que esta Secretaría sostiene la necesidad de tipificar penalmente la inducción indebida del consentimiento de las personas, instituciones y autoridades cuya conformidad se requiera para la adopción, cuando exista amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios.

En dichos casos no existe supresión de identidad, ya que el niño/a es entregado/a por su madre / padre. Sin embargo, existe una organización delictiva que induce el consentimiento mediante promesas de pago, amenazas o engaño, etc., y esto afecta bienes que requieren de la más estricta protección jurídica.

Es en el marco de la protección de los derechos humanos que la construcción de la identidad y subjetividad poseen una importancia fundamental, y es el ejercicio pleno de este derecho lo que resulta indispensable para facilitar el disfrute, acceso y goce de otros derechos humanos, ya sean derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, todos reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se espera que las presentes reflexiones contribuyan a la construcción de una cultura respetuosa de los derechos fundamentales.

3 - El artículo 138 establece que se aplicará una pena de uno a cuatro años de prisión al que hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro. El artículo 139 establece que será punible con prisión de dos a seis años la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondieren, y

otorga la misma pena a quien por un acto cualquiera hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, así como a aquel que lo retuviere u ocultare. Finalmente, el artículo 139 bis establece que será punible con pena de tres a diez años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos antes descriptos, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercicio de amenaza o abuso de autoridad. Además, establece que los funcionarios públicos o de salud sufrirán una inhabilitación especial. Por otra parte, el artículo 337 del Código Civil establece que adolecerá de nulidad absoluta la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima él mismo y/o sus padres. En lo que respecta a este punto, relacionado con los vicios del consentimiento, el artículo 149 bis del Código Penal tipifica el uso de amenazas con el propósito de obligar a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, contemplando una pena de seis meses a dos años.

ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Barreto, Sandra Lía
E-mail:	sandybarret@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Filiación Extramatrimonial <i>“Un nuevo proceso especial en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba”.</i>
Título del TFG en inglés	Extramarital Filiation <i>“A New Special Process in Procedure Civil and Commercial Code of the Province of Cordoba”.</i>

Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Cecilia Pérez – Victoria Nini
Fecha de último coloquio con la CAE	05 de Junio de 2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo. en el que fue guardado	Trabajo Final de Graduación – Abogacía – Barreto, Sandra Lía. PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de **06** mes (es)
- No autorizo



Firma del alumno

