



## **TRABAJO FINAL DE GRADO**

**Impugnación de la filiación presumida por ley e impugnación del reconocimiento. Respeto del derecho a la identidad en función del interés superior del niño.**

Ferreya, Virginia Lucrecia.

Carrera de Abogacía.

**2019**

## **Resumen**

El trabajo realizado desarrolló la temática sobre la impugnación de la filiación presumida por ley y la impugnación del reconocimiento. Específicamente la investigación se concentró en determinar si, en dichos supuestos, las interpretaciones de los tribunales sobre el derecho a la identidad se realizan en función del principio del interés superior del niño. Se consideró desde lo analizado, que las interpretaciones realizadas jurisprudencialmente, si bien han ido variando a lo largo del tiempo, implican un ajuste a la observancia del derecho a la identidad del niño en relación al principio mencionado, por lo que se interpretó el ordenamiento jurídico a razón de fundamentar dicha hipótesis.

Tales análisis significaron la revisión bibliográfica del Código Civil y Comercial de la Nación y del Código derogado, las Convenciones y Leyes sobre derechos del niño; y su contrastación con fallos y sentencias de diferentes períodos temporales.

**Palabras claves:** Impugnación de la filiación presumida por ley – Impugnación del reconocimiento -- Derecho a la identidad del niño -- Principio de interés superior del niño.

**Abstract**

The work carried out developed the theme on the challenge of filiation presumed by law and the challenge of recognition. Specifically, the investigation focused on determining whether the courts' interpretations of the child's right to identity are made in accordance with the principle of the best interests of the child. It was considered from the analyzed, that the interpretations made in the justice, although they have been varying over time, imply an adjustment to the observance of the right to the identity of the child in relation to the aforementioned principle, so that the legal system was interpreted in order to substantiate this hypothesis.

Such analyzes meant the bibliographic revision of the Civil and Commercial Code of the Nation and of the repealed code, the Conventions and laws on the rights of the child; and its contrast with judgments and judgments of different time periods.

**Keywords:** Impugnation of the affiliation presumed by law - Impugnation of recognition --- Right to the identity of the child --- Principle of the child's best interest.

## **INDICE**

### **Introducción.**

### **Capítulo I: La filiación por naturaleza.**

Introducción.

1.1. Concepto.

1.2. Clases .

1.3. Principios rectores.

1.4. Determinación de la filiación matrimonial. Filiación presumida por ley.

1.5. Determinación de la filiación extramatrimonial. Reconocimiento.

1.6. Impugnación de la filiación.

1.6.1. Acción de impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimados.

Caducidad. Régimen anterior y actual.

1.6.2. Acción de impugnación del reconocimiento. Legitimados. Caducidad.

Régimen anterior y actual.

Conclusión parcial.

### **Capítulo II: Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.**

Introducción.

2.1. Concepto.

2.2. Características.

2.3. Marco Normativo.

Conclusión parcial.

### **Capítulo III: El derecho a la identidad.**

Introducción.

3.1. Concepto.

3.2. Características. Identidad y filiación.

3.3. Marco Normativo.

Conclusión parcial.

### **Capítulo IV: Análisis de jurisprudencia nacional del derecho a la identidad en función del interés superior del niño, niña o adolescente en supuestos de impugnación de la filiación.**

Introducción.

4.1. Fallos según el derogado Código Civil de la Nación.

4.1.1. M., J. F. contra M., E.J. Filiación (Impugnación de paternidad).

4.1.2. B., A. c/ G., A.; A., C. s/ Impugnación de paternidad.

4.1.3. “V, F N C/ C, L A Y OTRO – acciones de filiación - contencioso - impugnación de paternidad matrimonial”.

4.2. Fallos según el vigente Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2.1. “B. c/ T. y otro s/ impugnación de paternidad”.

4.2.2. Y. M. M. c/ V. P. M. s/ impugnación de reconocimiento.

4.2.3. “D., A. A. c/ B. P., G. M. Y OTRO s/IMPUGNACION DE PATERNIDAD”.

Conclusión parcial.

**Conclusiones finales.**

**Bibliografía.**

## **Introducción**

El vínculo de la filiación en el marco del derecho de familia, representa uno de los nexos más importantes y evidente entre sus miembros, ya que sostiene la relación legal entre padre e hijo.

Existe desde la filiación un vínculo jurídico que determina ciertos derechos y obligaciones entre las personas involucradas, lo cual a su vez responde a los tipos de filiación que existen.

Por ello es pertinente destacar que la filiación a la que se alude en este trabajo es la generada por naturaleza, es decir aquella que se origina por el nexo biológico entre progenitor e hijo (relación que puede darse a partir de un vínculo matrimonial o extramatrimonial).

Ahora bien, en el contexto de la filiación por naturaleza, acontece que el reconocimiento jurídico puede no coincidir con la verdad biológica, lo cual implica que el sujeto reconocido como padre por el ordenamiento legal no sea en efecto el progenitor del menor, dando lugar a las acciones de impugnación de la paternidad.

Estas acciones se orientan a desplazar y destruir el vínculo jurídico que se generó entre padre reconocido por ley y el hijo.

Vale distinguir desde estas primeras líneas que las razones para iniciar acciones de impugnación de paternidad pueden basarse en cierto interés moral o patrimonial, lo cual refiere a los derechos y obligaciones que emanan de la filiación misma: en casos en los que exista una impugnación puede fundamentarse en asumir la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, cual sería el caso del supuesto padre biológico, quien fundándose en el derecho a la identidad y en el principio a la verdad biológica impugna el vínculo ya establecido entre otro sujeto y su supuesto hijo(interés moral); o bien, la acción de desplazo puede fundamentarse en evitar reclamos legales para cumplir las obligaciones de cuota alimentaria, por ejemplo el supuesto de la abuela del menor, ante una demanda por cuota alimentaria en subsidio en su contra (interés patrimonial).

Todas estas acciones como se devela, poseen una argumentación clave: el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Por ello, la problemática a dilucidar se basa en la siguiente pregunta de investigación: **¿En los supuestos de impugnación de la paternidad presumida por ley e impugnación del reconocimiento, se respeta el derecho a la identidad del menor conforme al principio rector del interés superior del niño?**

Se considera al respecto, como hipótesis aproximada, que el derecho a la identidad y el interés superior del niño son respetados en la mayoría de las resoluciones de impugnación de paternidad presumida por ley e impugnación del reconocimiento, lo cual ha ido variando a lo largo del tiempo en virtud de diferentes posturas y de cambios normativos.

A su vez, se puede indicar que la interpretación jurisprudencial de los derechos del niño (identidad e interés superior) en el contexto de la impugnación de la paternidad, refiere a condicionantes específicos determinados por los tribunales receptores de cada caso, a su vez en la observancia de las normas de derecho interno e internacional.

Para corroborar o refutar dicha hipótesis, la investigación se sostiene dirigida por objetivos que remiten al análisis del derecho de identidad en función del interés superior del niño en supuestos de impugnación de la filiación presumida por ley e impugnación del reconocimiento. A su vez, esta meta es guiada por finalidades específicas, que remiten a identificar las características y definiciones jurídicas acerca de la filiación y sus tipos, con un foco en sus principios, lo cual también supone un análisis de las acciones de impugnación desde lo expuesto en el Código Civil y el nuevo Código Civil y Comercial, la profundización sobre el derecho de identidad del niño y sobre el principio de interés superior del niño desde el marco legislativo, y finalmente la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de la temática en consideración de los cambios vertidos sobre las impugnaciones acorde a los códigos mencionados.

Tales objetivos, son desarrollados mediante una implementación metodológica cualitativa que implica un diseño exploratorio y descriptivo-analítico, basado en la revisión bibliográfica de fuentes primarias y secundarias, como ser la Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el Código Civil y Comercial de la Nación y jurisprudencia relativa al tema. Como fundamentaciones secundarias se expresan artículos, ponencias y manuales, usualmente doctrinarios, que complementan el análisis. En cuanto a la técnica de recolección y análisis de datos a implementar será la documental, la cual supone el análisis arriba mencionadas. Principalmente el análisis recaerá sobre la legislación aplicable a la temática elegida y la interpretación que de ella realiza la jurisprudencia.

Dicho contenido se ha dispuesto en cuatro capítulos, el primero de ellos brinda un panorama general referido a la exposición sobre la filiación por naturaleza, la determinación de las distintas clases de filiación (matrimonial y extramatrimonial) y las acciones de impugnación para cada una de ellas. En el segundo capítulo se analiza el principio del interés superior del niño en cuanto a concepto, características y marco normativo; mientras que en el capítulo tres el análisis se centra en el otro aspecto rector del presente trabajo, el derecho a la identidad. Finalmente, en el último capítulo se desarrolla jurisprudencia sobre el respeto del derecho a la identidad del niño en función del interés superior del mismo en casos de impugnación de la filiación.

## ***Capítulo I***

### ***La filiación por naturaleza***

## Capítulo I: La filiación por naturaleza

### Introducción

Dentro de cada familia existen diversos vínculos jurídicos entre sus integrantes, siendo uno de ellos el de la filiación (ya sea por naturaleza, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida), que es el vínculo jurídico que une al padre/madre con su hijo y del cual surgen numerosos derechos y obligaciones.

Al respecto, se presentarán las conceptualizaciones, los principios que rigen la filiación y demás caracteres para la comprensión de la temática en complemento de los aspectos legislativos y jurisprudenciales posteriores, haciéndose hincapié en las acciones de impugnación de la filiación.

#### 1.1. Concepto.

La filiación se encuentra asociada directamente con el instituto de la familia, pues ésta última la determina de manera concreta.

Como precisión inicial, vale destacar que la palabra filiación proviene etimológicamente del latín *filius*, término que significa hijo. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define a la filiación como la procedencia de los hijos respecto de sus padres.

Desde la mirada doctrinaria, Chechile et. al. (2015), refiere a la filiación como un término que no puede despegarse aún de su comprensión biológica, y ello deja por fuera, o al menos lo hacía hasta cierta década, el reconocimiento de las filiaciones mediante las técnicas de reproducción humanamente asistida.

Este nuevo tipo de filiación o reconocimiento filial entonces, dispone que el vínculo entre hijo y padres no puede darse solamente por la disposición de la reproducción y el nacimiento en su fundamento biológico puramente, sino que la filiación debe significar un nexo significativo, esto es, que un sujeto pueda ser llamado hijo para alguien, mediante nacimiento natural o no.

De esta manera, Chechile et. al. (2015) remarca:

En consecuencia, el concepto de filiación no comprenderá solamente la relación biológica sino también todos aquellos casos en que el derecho configure el

emplazamiento filial, así sea como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o por la figura de la adopción.

En definitiva, la filiación es “un acto simbólico que nombra a un niño como hijo de alguien”, es el vínculo jurídico que une a los hijos e hijas con sus padres y/o madres (p. 437).

Ossorio (2000) define, por su parte a la filiación destacando ciertas características, como lo refleja la siguiente cita:

Vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima (derivada de matrimonio), ilegítima (derivada de unión no matrimonial) o por adopción (v.). La filiación ilegítima se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se habla de filiación natural, como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación adulterina), relación de parentesco (filiación incestuosa) o profesión religiosa (filiación sacrílega) sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales (s.p.).

Ahora bien, por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación establece la definición de filiación en su artículo 558°, desde el cual se manifiesta como un vínculo jurídico entre hijos y padres, más allá de las modalidades de procreación que generen tal vínculo.

## **1.2. Clases.**

De acuerdo a lo prescripto por el artículo anteriormente mencionado, en virtud de la fuente de la filiación, existen tres clases que, como lo establece Chechile et. al. (2015), se pueden determinar de la siguiente manera:

- Filiación por naturaleza: esta filiación se determina por el vínculo biológico y se considera que los hijos pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales si nacen acorde a estas circunstancias vinculares de los padres.

- Filiación por técnicas de reproducción humana asistida: esta clase de filiación regulada por primera vez con la sanción del Código Civil y Comercial, se genera cuando los procedimientos para la reproducción distan de ser los naturales mediante la relación sexual, y se instrumenta mediante diferentes métodos científicos, algunos

reconocidos por ley y otros no (como la subrogación de vientres); es decir que tiene su fundamento en la voluntad procreacional que se concreta con la expresión del consentimiento previo, libre e informado.

- Filiación por adopción: este tipo de filiación remite al reconocimiento de hijos a través de modalidades distintas a las de origen biológico o asistidos técnicamente, es la que resulta de un procedimiento judicial con requisitos específicos. Se considera que la adopción puede ser simple o plena y que en el contexto del reconocimiento de los hijos de un cónyuge o conviviente, la adopción puede denominarse de integración.

En el desarrollo del presente trabajo se hará hincapié en la filiación por naturaleza, que, como se desarrolló *ut supra*, es aquella que se da por la existencia de nexo biológico entre progenitor e hijo (tanto matrimonial como extramatrimonial) y reconoce diversas fuentes: la presunción a favor del marido de la madre (legal), la voluntad a través del reconocimiento (voluntaria) y la justicia a través de las acciones de filiación (judicial). Para que tal vínculo trascienda al plano jurídico es preciso que la filiación sea determinada; como lo señala la doctrina la determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es el padre/madre de un niño.

Esta clase de filiación, se encuentra estrechamente relacionada con la identidad del sujeto, ya que a partir de ella se conoce de quién proviene la vida y nos permite forjar nuestra propia historia.

### **1.3. Principios rectores.**

Los principios rectores de la filiación son tres:

- Principio de igualdad: este principio refiere a que el reconocimiento de la misma se determina para todos los tipos de filiación posibles (filiación por naturaleza, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida; filiación matrimonial o extramatrimonial) y cualquiera sea su origen (filiación matrimonial o extramatrimonial), por lo que todos ellos suponen los mismos efectos jurídicos, como lo indica el artículo 558° del Código Civil y Comercial de la Nación.

- Principio de no discriminación, ligado íntimamente con el anterior, que implica que todos los hijos tienen idénticos derechos.

- Principio del interés superior del niño: enunciado como principio rector en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley nacional 26.061.

- Derecho de la identidad: es la facultad de conocer la propia identidad y la distinción con terceros, lo cual se establece en numerosos tratados de derechos humanos tanto internacionales como regionales (Herrera, 2015). Todos los hijos tienen derecho a la determinación de su origen, tratando de que el vínculo jurídico de la filiación coincida con el vínculo biológico.

#### **1.4. Determinación de la filiación matrimonial. Filiación presumida por ley.**

Según lo que estipula el artículo 566° del Código Civil y Comercial de la Nación, la filiación matrimonial queda determinada (salvo prueba en contrario) por la presunción que opera a favor del o la cónyuge con respecto a los hijos nacidos luego de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. Con esta presunción, lo que se quiere lograr es que todo niño apenas nace, tenga un doble vínculo filial, dando respeto al derecho a la identidad.

A ello, Chechile et. al. (2015) agrega que:

La determinación de la filiación consiste en señalar jurídicamente a alguien como padre y/o madre de una persona, y cuando se trate de un matrimonio, se presume que es tal el/la cónyuge de la madre (...).

Es por ello que el Código Civil y Comercial deja de lado la presunción de paternidad para referirse a la presunción de filiación, compatibilizando las distintas formas familiares que en él se receptan (pp. 437-ss.).

Esta precisión surge como respuesta a la sanción de la ley 26.618 del matrimonio igualitario y para dejar de lado la perspectiva patriarcal existente en el anterior Código Civil velezano, que excluía a los matrimonios y parejas de un mismo sexo, y por ello fundamentaba la filiación desde la consideración de que el marido de

una mujer debía reconocerse como padre de los hijos de aquella necesariamente; es decir que implica un importante cambio que se amolda a las realidades que se viven actualmente, donde la presunción legal no solo se extiende al marido de la madre si no también a matrimonios formados por parejas de un mismo sexo, ya que no resultaba justo que un niño nacido en el seno de un matrimonio de personas de igual sexo posea un solo vínculo filial. Entonces, si un niño nace en el ámbito de un matrimonio, tendrá doble vínculo filial, con la persona que lo parió y con su cónyuge, sean del mismo o de diverso sexo.

González (2015), agrega que:

El capítulo 4 del Título V se caratula "Determinación de la filiación matrimonial", reemplazando la expresión del Código Civil derogado que aludía a la "Determinación de la paternidad matrimonial". La razón de este cambio se debe a que el texto actualizado procura integrar el sistema filial matrimonial con el mandato de no discriminación emergente de la ley 26.618, conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", extendiendo la presunción de filiación al o la cónyuge de la madre, resguardando así el derecho a la identidad de los hijos sin distinción alguna, como se expresa en los fundamentos del proyecto, en "el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente después de haber nacido y tener vínculo filial (p. 5).

### **1.5. Determinación de la filiación extramatrimonial. Reconocimiento.**

En cuanto a la determinación de la filiación extramatrimonial, es decir cuando quienes pretenden ser padres no se encuentran unidos en matrimonio, se alude al artículo 570° del Código Civil y Comercial de la Nación, que precisa en su disposición, que la misma se determina por el reconocimiento de la filiación mediante cualquier consentimiento, certificación o aval pertinente que se implemente en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida o bien que se indique por una sentencia judicial debida (Chechile et. al., 2015).

De esta manera se pueden establecer diferenciaciones entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, según a lo que se subraya:

La determinación de ambas clases de filiaciones –matrimonial y extramatrimonial-, de acuerdo con lo que surge en los arts. 566 y 570, se diferencia en que la extramatrimonial incorpora el acto jurídico del reconocimiento, no existiendo en este caso matrimonio que pueda probarse, razón por la cual no se aplica presunción alguna. Dicho acto puede ser voluntario, si se efectúa ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, por instrumento público, privado o testamento, o bien

forzado, si es necesario iniciar una acción judicial para lograr el emplazamiento filial a través de una sentencia (pp. 437-ss.).

Según la autora, este tipo de filiación entonces, se determina por un triple modo: el simple reconocimiento (filiación por naturaleza), una sentencia firme sobre filiación (filiación por naturaleza en los casos de reclamación o de manera excepcional, en los casos de filiación por TRHA cuando exista algún conflicto derivado del consentimiento) o el consentimiento libre, pleno e informado (filiación por técnicas de reproducción humana asistida).

El reconocimiento se aplica sólo a la filiación biológica o por naturaleza extramatrimonial, ya que al no operar la presunción establecida por la ley, la única forma de establecer la filiación está determinada por la voluntad del sujeto; se define como “el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otro es su hijo”, es decir que queda determinado entre ellos el vínculo filial. De esta forma, el reconocimiento procede ante la filiación por naturaleza, ya que supone la existencia de un nexo biológico.

Sobre este reconocimiento particular, por su parte González (2015) subraya que el mismo es unilateral, puesto que se sustenta en la voluntad única de un sujeto reconociente sin determinarse necesariamente por el progenitor emplazado o bien el hijo.

Esta indicación sugiere que ante cualquier duda, lo que prevalece es el derecho a la identidad del sujeto, por este motivo, el reconocimiento adquiere relevancia fundamental cuando se trata de una filiación extramatrimonial.

Tal requisito se fundamenta en la siguiente afirmación:

Finalmente, el último aporte del Código CyC redonda en la admisibilidad del reconocimiento del hijo por nacer, al establecer el art. 574: "Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida." La norma sigue la postura de la mayoría de la doctrina que pese al silencio legal se había inclinado por tal posibilidad y la tendencia que se pregona en el derecho comparado. No quedan dudas de que esta solución responde al interés superior del niño plasmado en la necesidad de reconocer en forma efectiva su derecho a la identidad, dado que favorece su emplazamiento filial en supuestos excepcionales (por ejemplo, ante la inminencia del fallecimiento del progenitor), y evita la promoción de una acción de reclamación de la filiación posterior al nacimiento (González, 2015, p. 10).

## **1.6. Impugnación de la filiación.**

En los supuestos de filiación presumida por ley (matrimonial) y por reconocimiento voluntario (extramatrimonial), puede suceder muchas veces que la verdad jurídica no coincida con la verdad biológica, es decir que el sujeto al cual el ordenamiento jurídico reconoce como padre (presunto padre o reconociente) no sea en realidad el padre biológico del menor, y es aquí cuando entran en escena las llamadas acciones de impugnación de la paternidad (acción de impugnación de la filiación presumida por ley y acción de impugnación del reconocimiento), las cuales tienen como finalidad destruir y desplazar el vínculo filial que une al padre con su hijo, es decir que tienden a extinguir un vínculo filial que no coincide con el vínculo biológico.

### **1.6.1. Acción de impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimados. Caducidad. Régimen actual.**

El proceso de impugnación de la filiación presumida por ley, es decir aquella determinada bajo la modalidad matrimonial, se da con el objetivo de desestimar el vínculo biológico del padre con respecto al hijo, cuestión que reasegura que la madre siempre cierta es, según la norma (aunque ello trae otros debates posteriores en torno a la subrogación de vientres).

Para Chechile et. al. (2015):

Se podrá alegar que quien se halla inscripto como padre/madre no es tal. Conforme se explicará oportunamente, puede utilizarse cualquier tipo de prueba siendo insuficiente la mera declaración de quien dio a luz, atento a que se trata de cuestiones de orden público en las que no basta con la prueba confesional para dictar sentencia. Resulta adecuado que el artículo se refiera a los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de disolución o anulación del matrimonio, simplificando y disipando las dudas que surgían en el régimen anterior, que también se refería a dicho plazo luego de la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio, por lo que, si esta última existía, la fecha de la interposición de la demanda era diferente a la de la sentencia, y no resultaba claro cuál de las dos se debía aplicar (pp. 437-ss.).

Dentro de la normativa del Código Civil y Comercial vigente, en el artículo 589° resulta la disposición referida a la “acción de la impugnación de la filiación presumida por la ley”, con notorios cambios en relación al régimen anterior donde se denominaba

“impugnación de la paternidad matrimonial”, ya que actualmente se considera que la expresión de paternidad no resulta inclusiva, y en tal sentido refería a una discriminación determinada por el sexo mencionado en el artículo, en contradicción con el principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, a razón de evitar tales desigualdades el artículo reconoce la impugnación de la filiación matrimonial sin distinción de sexo, más allá de que en la práctica la mayoría de los supuestos serán de un matrimonio heterosexual.

Además la normativa mencionada recepta como límite de dicha acción el interés superior del niño como consideración central para hacer lugar o rechazar la acción de impugnación.

En relación a la legitimación y al artículo sobre la caducidad (art. 590°) Chechile et. al. (2015), menciona que:

El art. 590 determina explícitamente los legitimados activos y pasivos; la norma dispone: La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en la vida del legitimado (pp. 437-22.).

Sobre la legitimación activa la misma es más amplia que el régimen anterior, el cual recibió numerosas críticas ya que sólo se reconocía al marido de la madre y al hijo; actualmente dicho vínculo puede desplazarse por el hijo, la madre, el o la cónyuge de quien da a luz o por un tercero que invoque interés legítimo, el cual deberá probar (artículo 590° del Código Civil y Comercial de la Nación).

Con respecto al plazo de caducidad, dicho artículo establece que el hijo la puede iniciar en cualquier tiempo, mientras que para los restantes legitimados la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría n ser hijo de quien la ley presume.; lo cual se considera acertado ya que se busca otorgar estabilidad a los vínculos filiatorios garantizando la seguridad jurídica en las relaciones familiares y sociales.

### **1.6.2. Acción de impugnación del reconocimiento. Legitimados. Caducidad. Régimen actual.**

Esta acción se contempla en el artículo 593° del Código Civil y Comercial. Dicho artículo dispone que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de un matrimonio puede ser desplazado o destruido por la mera acción de impugnación llevada a cabo por el hijo en cuestión o por terceros que invoquen un interés legítimo.

Como condición de admisibilidad de la acción, no se aceptan reclamos asociados a las reproducciones mediante técnicas médicamente asistidas, ya que el reconocimiento es una figura que sólo se da en la filiación por naturaleza.

En otras palabras, se pretende probar que la persona reconocida voluntariamente como hijo/a, no es tal de quien lo estableció previamente.

De esta forma, el legitimado activo es quien ejecute la acción de la impugnación, pudiendo ser el hijo o bien otro tercero involucrado; en el régimen anterior eran los mismos legitimados.

En cuanto al plazo de caducidad, al igual que en la filiación matrimonial, la impugnación del reconocimiento puede ser ejercida por el hijo en todo momento, mientras que los terceros dentro del plazo de un año de haber conocido el reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento que el niño podría no ser hijo, a diferencia del régimen anterior donde el plazo era de dos años.

Es importante destacar que si bien este artículo no recepta explícitamente el interés superior del niño, el mismo es un principio rector que debe tenerse en cuenta al resolver todas las acciones de impugnación, incluidas las de impugnación de la filiación extramatrimonial, sin que se deban limitar a la realidad biológica para determinar el vínculo jurídico de la filiación. Por lo tanto, que el artículo recepte una legitimación activa amplia, no significa que se deba hacer lugar siempre a las impugnaciones intentadas si se conculca el interés superior del menor conjuntamente con la identidad en su faz dinámica.

### **Conclusión parcial**

De lo establecido en el desarrollo del capítulo antepuesto, se pueden destacar ciertos puntos clave que acercan al discernimiento de la temática planteada, por lo que vale remarcar las siguientes consideraciones sobre la filiación:

- En definitiva, la filiación es “un acto simbólico que nombra a un niño como hijo de alguien”, es el vínculo jurídico que une a los hijos e hijas con sus padres y/o madres.

- Acorde a Ossorio (2000): la filiación remite a vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima (derivada de matrimonio), ilegítima (derivada de unión no matrimonial) o por adopción (v.). La filiación ilegítima se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se habla de filiación natural, como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación adulterina), relación de parentesco (filiación incestuosa) o profesión religiosa (filiación sacrílega) sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales (s.p.).

En cuanto a las clases, se encuentran:

- Filiación por naturaleza: esta filiación se determina por el vínculo biológico, y se considera que los hijos pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales si nacen acorde a estas circunstancias vinculares de los padres.

- Filiación mediante técnica de reproducción humana asistida: Desde esta filiación los hijos se determinan por el vínculo biológico como la anterior clase, o bien mediante un vínculo social acorde a si la reproducción se da por donación de gametos.

- Filiación por adopción: este tipo de filiación remite al reconocimiento de hijos a través de modalidades distintas a las de origen biológico o asistidos técnicamente.

- Filiación matrimonial: es la filiación presumida por ley se establece por la vinculación entre los hijos de un matrimonio celebrado, esto es, una filiación matrimonial (artículo 566° del CCyCN).

- Filiación extramatrimonial: se indica acorde a: el simple reconocimiento, una sentencia firme sobre filiación o un consentimiento libre pleno e informado de dicha filiación.

- Impugnación de la filiación: implica el desplazamiento del vínculo jurídico establecido.

- Impugnación de la filiación presumida por ley: anteriormente se denominaba impugnación de la paternidad, se refiere a hijos nacidos dentro de un matrimonio ya sea de pareja heterosexual u homosexual.

- Impugnación del reconocimiento: es una acción que se da en supuestos de filiación extramatrimonial, posee legitimación amplia al igual que el anterior régimen, pero difiere en el plazo de caducidad.

Y para concluir, es importante mencionar la legitimación amplia en ambas acciones de impugnación, lo cual permite asegurar el derecho a la identidad y la recepción del principio del interés superior del niño.

## ***Capítulo II***

### ***Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.***

## **Capítulo II: Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.**

### **Introducción**

En este capítulo segundo, se expondrán precisiones sobre el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, desde la perspectiva normativa. Este desarrollo se determina como clave para dilucidar la problemática planteada, ya que supone analizar las disposiciones específicas sobre el principio y el alcance de estos ordenamientos ante el derecho a la identidad y la impugnación de la filiación.

Por ello, se consideraron como esenciales, las interpretaciones de la Convención sobre los derechos del niño y su articulado particular sobre el principio en cuestión, y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes No. 26.061 relativa al principio igualmente.

De acuerdo a lo manifestado por Lloverás, el interés superior del niño es un principio rector determinante de las decisiones judiciales debiendo abarcarse todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, sociales, políticas culturales, que rodean la vida del menor. Se encuentra por encima del interés de los padres biológicos, de los hermanos, antes de todo otro interés. (Lloverás, 2009).

### **2.1. Concepto.**

El principio del interés superior del niño suele ser definido como el mayor beneficio para el niño acorde a la circunstancia en la que se encuentre, ya sea social, económica y/o emocional en su vida.

Estas determinaciones de las que implica lo mejor para el menor, resultan ser subjetivas y basadas en opiniones que no pueden garantizar que las decisiones judiciales o no sobre el mantenimiento y sostén del niño verdaderamente signifiquen su mayor beneficio, puesto que no es el niño quien lo precisa, por suficientes razones alusivas a la dificultad para expresar su opinión al respecto y la madurez psíquica para emitir tal decisión.

Por ello, Lora (2006) reconoce que las dificultades en las implementaciones de la normativa sobre el interés superior del niño se explican por la imposibilidad de determinar con precisión qué significa dicho principio.

Cierta parte de la doctrina la define como una “realización efectiva de los derechos implícitamente reconocidos a los niños” (Ojeda, 1999 citado por Lora, 2006,

p. 4). Esta misma perspectiva es compartida por Cillero Bruñol (s.f.) quien indica que el omitir los derechos de los niños como sujetos de ley, es la esencia de la ambigüedad del principio del interés superior del niño.

Ello quiere decir que, para quienes el principio resulta confuso o bien, impreciso, esto se debe a que no se guían por la esencia misma del principio la cual es el respeto de los derechos explícitos e implícitos del niño, en cualquiera de sus circunstancias, y esto, incluye a aquellos menores en conflicto con la ley.

Como reafirmación de lo antepuesto, Cillero Bruñol (s.f.) remarca que:

el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos; interés y derecho, en este caso se identifican. Esta reducción del principio a una función de reafirmación global de los derechos fundamentales de los niños es reconocida por el citado autor al expresar: Esta interpretación, sin embargo haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente...', aunque luego señala que...esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general (citado por Diez Ojeda, 1999, pp. 238-253).

Lo cierto es que, al ser un concepto dinámico, en cada caso en concreto se deben tener en cuenta diferentes pautas y elementos para poder determinarlo, entre los cuales se pueden mencionar: la posición que ocupa el menor, su edad, su grado de madurez, su entorno, su modo de vida y su estabilidad emocional (la cual siempre hay que tratar de conservar), entre otros aspectos.

## **2.2. Características.**

Si bien no se han dispuestos de forma concreta las características del principio del interés superior del niño, se pueden colegir los siguientes caracteres desglosados desde su alcance mismo, siguiendo la mirada de Bruñol (1999):

- El principio del interés superior del niño es un principio garantista que debe ponerse en práctica en todas las medidas concernientes a niños.

A su vez, esto quiere decir que no existe ninguna apertura a la libre interpretación del principio, sino que es mandatoria la observancia del principio en el ordenamiento jurídico.

- Otra característica es que, si bien trata sobre el reconocimiento de los derechos de los niños, el principio mismo habilita el ejercicio de otros derechos derivados del primero. Entonces el principio implica el reconocimiento de derechos que a su vez suponen otras facultades específicas.

- Este principio además representa una limitación, posee carácter imperativo para las autoridades públicas. En toda medida en que se hallen involucrados aspectos o cuestiones relativas a menores de 18 años, es de aplicación y consideración obligatoria.

- Es un principio real que debe determinarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta las características del mismo y del menor en cuestión.

### **2.3. Marco Normativo.**

El principio del interés superior del niño, emerge como un reconocimiento jurídico del menor contemporáneo, que en el siglo XX implicaban la objetivación del niño.

El paradigma previo supuso que el niño carecía de facultades y titularidades de derechos en oposición al adulto, por lo que los niños eran considerados como “objetos de compasión” (Lora, 2006, p.1).

Por esta razón se puede colegir, que la nueva mirada sobre los menores, representan un reconocimiento de sus capacidades de ejercicio y derechos, esto es, se remarca que el niño es sujeto de derecho.

Tal como lo expresan ciertos documentos, el principio del interés superior del niño reviste una obligación jurídica hacia los Estados, por lo que las convenciones y tratados a través de su reconocimiento constitucional, implica la necesaria observancia del principio y su adecuada implementación en torno a la problemática del niño en los procesos judiciales.

#### **2.3.1 Convención sobre los Derechos del niño. Artículo 3º inciso 1.**

A partir de la Convención sobre los Derechos del niño, los menores de edad comienzan a ser vistos y pensados como sujetos de derecho.

La mencionada Convención, es admitida como ordenamiento jerárquico en el marco legal argentino en 1990, a través de la ley No. 23.849, que dispone el articulado

de la Convención... y determina conjunto a sus artículos, la obligatoriedad referida a los principios y derechos emanados de la misma ante las autoridades estatales.

Dentro del cuerpo de la Convención, el principio del interés superior del niño es receptado en su artículo número 3, el cual determina que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, o cualquier autoridad sea administrativa o jurídica deben ajustarse al interés superior del niño cuando implementen medidas u acciones referidas al menor de edad.

El inciso 1 de este artículo obliga entonces a que el interés superior del niño sea cumplido por toda entidad y organismo que tenga como objetivo resolver las circunstancias del niño, lo cual a manera general debe ser promovido y protegido por políticas estatales acordes para tal fin (inciso 2 del artículo 3°). Se establece como un principio rector que debe anteponerse a cualquier otro, ya sea el de sus padres, hermanos, etc. y como un principio jurídico interpretativo fundamental, ya que toda norma que se aplique en un proceso donde intervenga un menor, ha de interpretarse según su interés superior.

El inciso 2 aparenta ser un intento de conceptualización del interés superior del niño ya que dispone que toda protección estatal del menor supondrá el bienestar del mismo garantizado por el reconocimiento de todos sus derechos y deberes como sujeto de ley.

Con esta indicación parece contemplarse que el principio significa la obligatoriedad del respeto a todos los derechos de los que los niños tengan titularidad reconocida legalmente.

A su vez, explica que los Estados partes serán los supervisores de las acciones desarrolladas por las instituciones mencionadas *ut supra*, en pos del bienestar del menor, seguridad y protección legal del mismo (inciso 3 del artículo 3°).

Ante la disposición imperativa y no interpretativa de esta Convención... particularmente expresada en el artículo 3° desarrollado, cabe destacar que en la admisión de dicho ordenamiento, se han podido debatir ciertos factores condicionantes sobre los derechos del niño, ya que la Convención representa un documento que abarca a todos los Estados partes que la admitan y ello implica la diversidad cultural que los predetermina.

Es dable considerar, como lo establece Bruñol (1999) que:

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural (p. 3).

### **2.3.2 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes No 26.061. Artículo 1°.**

Otro antecedente legislativo de gran importancia es la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061), sancionada en nuestro país en el año 2005, la cual implicó la consolidación en su artículo 1 del principio del interés superior del niño como principio rector para resolver conflictos que involucren a niños, niñas y adolescentes, al igual que recepta el derecho a la identidad.

En el artículo 3 de la mencionada ley, se explica que la conceptualización del interés superior del niño y niña, al igual que el del adolescente significa la máxima satisfacción integral y simultánea posible de los derechos y garantías reconocidos en la ley misma y de las que son titulares los menores.

Esta disposición entonces, implica que el respeto de los derechos de los niños debe ser integral y simultáneo, a lo cual se agregan otros derechos desglosados del principio:

- Ser reconocido como sujeto de derecho: este apartado a) del artículo refiere al cambio de paradigma dispuesto en el siglo XX, es decir la transformación en la mirada legal sobre el niño, de objeto a sujeto con facultades y poder de decisión.

- Derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta: este apartado b) del artículo 3° se asocia directamente a la consideración del niño como sujeto de ley, puesto que posee autonomía y decisión, aunque en determinados casos la posibilidad de expresión de sus intenciones con respecto a sus circunstancias pueda no ser considerada por la etapa madurativa en la que el menor se encuentran en todos los casos en los que se pueda colegir una comprensión

suficiente por parte del menor, toda discursiva en cualquier instancia de algún proceso judicial tendrá admisibilidad y relevancia para la decisión.

- Respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural: este apartado c) refiere a los derechos y roles emanados de tales capacidades legales, puesto que debe admitirse a todo niño una identidad, una filiación y vínculos en todos los ámbitos en los que desarrolle su vida.

- Respeto por condiciones de edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales: todos estos factores determinarán a su vez las posibilidades del menor a comparecer en ciertas circunstancias o bien a ser representado legalmente para expresar su opinión por ejemplo, evitando vulnerabilidad del sujeto.

- Equilibrio entre los derechos y garantías de los menores y las exigencias del bien común.

- Su centro de vida: este derecho representa la observancia a las condiciones en las que el menor haya desarrollado su vida y el contexto de la misma, para determinar resoluciones referidas a patria potestad, filiación, restitución del niño entre otras acciones, a fin de conservar la máxima comodidad y bienestar para el menor por su habituación previa. En casos en los que exista un conflicto al respecto, siempre deben prevalecer los derechos e intereses del niño/a y adolescente por sobre otros derechos e intereses, como lo determina el apartado f) del artículo desarrollado.

### **Conclusión parcial**

Del contenido vertido inicialmente en este segundo capítulo, se ha podido identificar las disposiciones precisas sobre el principio del interés superior del niño, lo cual se determinó desde la Convención sobre los derechos del niño y desde la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes No. 26.061.

De dicho análisis se recogen los siguientes puntos claves a complementarse posteriormente:

- El principio del interés superior del niño suele ser definido como el mayor beneficio para el niño acorde a la circunstancia en la que se encuentre, ya sea social, económica y/o emocional en su vida.

Resulta dificultoso determinar con suma objetividad y verdad, cual es el máximo beneficio para el niño, ya que ello supone diversas interpretaciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

- El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos y garantías que importa su condición de sujetos de derecho y debe ser tomado como principio jurídico fundamental en todas las decisiones judiciales que lo involucren y que puedan afectarlo en su ámbito familiar.

- El paradigma previo supuso que el niño carecía de facultades y titularidades de derechos en oposición al adulto, por lo que los niños eran considerados como “objetos de compasión” (Lora, 2006, p.1). En la actual normativa se reconoce al niño como sujeto de derechos.

- La normativa esencial sobre el principio del interés superior del niño es la Convención..., desde la cual se denota la imperativa aplicación y respeto del interés superior del niño hacia todos los organismos estatales, como lo establece su artículo 3°.

- A nivel nacional, la ley No. 26.061, especifica cuáles son los derechos e intereses del niño, los cuales suponen el bienestar integral del niño y para ello enuncia diferentes condiciones, como la consideración del centro de vida del menor, su opinión acorde a las circunstancias, a su edad y grado de madurez, todo ello dependiente del reconocimiento del niño como sujeto con autonomía y facultades legales.

## ***Capítulo III***

### ***El derecho a la identidad***

### **Capítulo III: El derecho a la identidad.**

#### **Introducción**

El derecho a la identidad es un derecho fundamental que deriva de la dignidad inherente a todos los seres humanos. Debe gozar de especial protección y asegurarse a través de medidas y acciones que permitan establecer la identidad de origen y filiatoria, especialmente la de los niños.

A partir de la última reforma a la Constitución Nacional en el año 1994, en virtud de la internacionalización de los derechos humanos reinante en esa época, adquirieron jerarquía constitucional una serie de tratados y convenciones internacionales, conforme al artículo 75 inc. 22. Entre ellos se destaca la Convención sobre los derechos del niño, ratificada por nuestro país en octubre de 1990 y en la cual se reconoce el derecho de todo niño a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La mencionada Convención, es la base para el desarrollo del presente trabajo, ya que recepta explícitamente el derecho a la identidad de todo niño en su artículo octavo, el cual será desarrollado en este capítulo, donde además se precisarán cuestiones teóricas sobre el derecho a la identidad, para comprender las diferentes concepciones sobre el término, lo cual aportará elementos para indicar posteriormente las nociones sobre las que se sostienen las interpretaciones sobre este derecho según los jueces.

En cuanto a la identidad derivada de la filiación por naturaleza, el Código Civil y Comercial, reconoce al nexo biológico entidad suficiente para crear vínculo jurídico, estableciendo así la determinación de la maternidad, de la paternidad matrimonial y extramatrimonial (aspectos analizados en el Capítulo 1). El citado cuerpo legal, busca hacer coincidir en lo posible, la identidad filiatoria con la verdad biológica, lo cual se ve reflejado en la modificación de la legitimación activa y del plazo de caducidad en las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial.

A su vez, se considera relevante destacar estas particularidades ya que desde allí se podrá vincular el derecho a la identidad en el marco del interés superior del niño.

### **3.1. Concepto.**

En una primera aproximación, la palabra identidad proviene de la raíz latina *identitas* que significa "lo mismo", "el mismo", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, es la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de los demás.

En el marco social actual, en el que los individuos se encuentran sumergidos en la globalización, parece cada vez más relevante determinar a qué se hace referencia cuando se habla de identidad. En consideración con los fenómenos sociales que se propagan en las redes sociales y en los medios de comunicación, vale destacar, o bien remarcar que la identidad es intrínseca al sujeto mismo.

La misma no puede disolverse o perderse, por lo que se puede indicar que el sujeto expresa quién es desde su proceso identificador.

Ahora bien, a la identidad se la puede definir en torno a los elementos que la conforman, pero debe establecerse con exactitud que la identidad es una construcción.

La construcción de la identidad entonces se genera por el baño cultural, vincular y de pertenencia a un lugar e idioma en el que el sujeto inicie y desarrolle su vida (Álvarez, 2016).

A su vez, se admite que la identidad es una necesidad que posee el individuo para poder desarrollarse en su medio o entorno, manteniendo sus diferencias personales con el resto de la sociedad, desde la que expresa sus rasgos conductuales, de pensamiento y de imagen. Siguiendo Fernández Sessarego, la "identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'. Este plexo de rasgos de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su 'mismidad', en lo que ella es en cuanto ser humano".

Ello admite entonces, que la identidad no solo se sostiene en el movimiento constructivo social que desarrolla el individuo en relación a los otros, sino que se genera además en el reconocimiento de su entidad como persona con capacidades y potencialidades.

El reconocimiento de un nombre, una filiación y las capacidades jurídicas o legales, conforman otro aspecto de la identidad que es indivisible del constructo social, y que aporta al ejercicio de un rol único de dicho sujeto, tanto como sujeto de ley como sujeto social.

En tal sentido, si la identidad remite a una necesidad inherente, entonces representa una capacidad de la que el sujeto puede ser titular, y que está asociado a numerosos elementos que la constituye, como su nombre, su imagen, su origen étnico e incluso sus creencias religiosas.

Por ello resulta imperativo que la capacidad y el derecho a la identidad resulte amparado como garantía constitucional, desde la norma, que permita salvaguardar lo que le pertenece al sujeto intrínsecamente, y sin lo cual, no puede ser considerado incluso sujeto de ley.

El reconocimiento de este derecho puede darse de diversas maneras, ya que, tanto en tratados internacionales como en las perspectivas doctrinarias y jurisprudenciales, la identidad no posee una sola concepción.

Mientras algunos consideran al derecho a la identidad como una capacidad independiente, otros refieren sobre este, que es interdependiente de otros derechos como algunos de los mencionados: derecho a un nombre, derecho a conocer el origen, derecho a preservar el centro de vida, derecho a un idioma, tal como lo expone la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (Álvarez, 2016).

El derecho al nombre, resulta ser uno de las principales titularidades que disponen el reconocimiento legal de un sujeto, como lo indica el artículo 18° del Decreto Ley No. 18.248, y el artículo 64° del Código Civil y Comercial.

El derecho y deber de usar y poseer un nombre y apellido, en dichas normas, depende además de las formas en las que ese derecho sea admitido en tales leyes.

Precisamente, el artículo 64° del Código Civil y Comercial, establece las diferentes formas de inscripción del apellido de un hijo según sea matrimonial o extramatrimonial, refiriéndose a la posibilidad de que, si el hijo posee un solo vínculo filial, es decir es reconocido por un solo progenitor, deberá llevar el apellido del mismo.

Además, establece la posibilidad de agregar otro apellido por parte del hijo llegada su mayoría de edad y por voluntad propia.

En cuanto al derecho a conocer el origen biológico, el mismo es reconocido y reafirmado a través del artículo 1° de la ley No 13.725, sancionada en 2017.

Dicho artículo indica que el reconocimiento de la identidad u origen biológico debe ser garantizado para que toda persona a quien se le haya sustraído o alterado el mismo, pueda ejercer su titularidad.

Este derecho se encuentra directamente asociado al derecho a preservar el centro de vida, puesto que el mismo refiere a los orígenes del sujeto, en caso de que dichos

orígenes puedan ofrecerle al niño condiciones vitales apropiadas. Resulta importante que el niño mantenga nexos o pueda continuar su desarrollo en el lugar donde se desenvuelven sus costumbres por la mayor cantidad de tiempo de su vida actual, de manera legítima, puesto que ello remite directamente a la identidad y a la filiación.

Esta preserva se dispone en cualquier caso admitido por normativa, particularmente en casos de adopción (artículo 3° de la Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes No. 26.061).

Estos derechos, son establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, como pilares de garantías, que luego han sido ratificados en las Cartas Magnas nacionales como elementos básicos asociados a la identidad.

Epstein (2009) sostiene que la identidad puede ser comprendida por los derechos establecidos dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no se circunscribe solo a ellos, sino que estos representan los elementos mínimos para comprender lo que es la identidad, y, sin embargo, existen al menos dos formas de referirse o reconocer a la identidad: la identidad reconocida legalmente mediante filiación, y la identidad entendida desde el área socio-psicológica.

Ambas esferas, al modificarse en ciertas circunstancias, afectan a la conformación de la disposición identitaria, puesto que depende de estos elementos para dar forma a un individuo único e irreplicable.

Como lo establece Epstein (2009):

Juan J. Michael Fariña, sostiene dos facetas relacionadas con el tema de la identidad: "...Por un lado, la evidencia de su importancia, más allá de cualquier especulación. El valor que tiene para las personas el conocimiento fehaciente de su filiación biológica es hoy un dato incontrastable. Por otro lado, [...] El análisis de ADN es un dato que debiera funcionar como un punto de pasaje, nunca de llegada. [...] La dictadura militar se ocupó de suprimir las coordenadas de la filiación para que estos niños, hoy adultos, no pudieran ser recuperados. [...] Pero el borramiento de las marcas nunca es una operación totalmente exitosa.

La modificación de los componentes identitarios de una persona puede darse por decisión propia o por imposición externa. El primer caso no generaría, a priori, ninguna violación de derechos, puesto que es una resolución adoptada por la propia persona.

El segundo caso plantea como primer paso la negación de alguno o todos los componentes de la identidad existente. En el caso de los niños y niñas, la imposición de la identidad ajena resulta en la negación de la identidad aún desconocida, y por ende, se transforma en identidad real. En esta nueva identidad, en la cual se presenta un ocultamiento de la mencionada situación de negación, aparece una nueva forma del ser, siendo en realidad la negación del ser (p. 5).

### 3.2. Características. Identidad y filiación.

De lo antepuesto entonces se colige que la identidad verdadera es una sola, y que, el sujeto voluntaria o involuntariamente puede ser sustraído de ella como aconteció durante la dictadura militar argentina.

Ahora bien, el ocultamiento de la identidad verdadera o su sustitución por otra, vulnera los derechos consignados en la Convención mencionada *ut supra*.

En referencia al derecho a la identidad, Fernández Sessarego (1992), señala que la "identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspassando el presente existencial, se proyecta al futuro (...)" (p. 113). El autor diferencia dos aspectos de este derecho:

A. Estático: compuesto por diversos elementos como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, huellas digitales, es decir datos materiales o físicos de una persona que generalmente son inmodificables en el tiempo.

B. Dinámico: constituido por el conjunto de atributos y características, cambiantes en el tiempo. Comprende diversos aspectos como los sociales, intelectuales, morales, culturales, religiosos, profesionales, políticos, los cuales permiten identificarnos en una sociedad. Dentro de esta clase encontramos las relaciones sociales que la persona va forjando a lo largo de su vida. (FernándezSessarego, 1992, p. 113 y sigs).

De lo dicho, se colige que el aspecto estático de la identidad refiere a las condiciones de la familia de origen que le preexiste al sujeto nacido, aspectos del individuo que no son modificados por el transcurso del tiempo; en cambio, el aspecto dinámico implica el desenvolvimiento de dicho sujeto desde la preexistencia estática de elementos de su identidad.

Por ello, a su vez se puede comprender que para ser y cumplir un rol social primeramente debe haber sido investido de características que no pueden modificarse, puesto que de ellas depende el reconocimiento del sujeto como entidad y como identidad única. Por lo tanto, ambos elementos son inseparables y complementarios. De esta manera, los aspectos estáticos se transforman en significantes desde los cuales el sujeto social se expresa.

En el mismo sentido, Villamayor (2005) indica:

De esta manera, los elementos estáticos de la identidad del menor son condiciones necesarias, pero no suficientes para la configuración de una identidad moral. Lo relevante es la integración de éstos en un plan de vida. Del mero dato biológico o identificatorio no se sigue ningún valor moral. Es una falacia derivar consideraciones morales de datos empíricos. Lo relevante, lo que hace digna de protección a la identidad es su proyección dinámica. De ahí que la elaboración psicológica del conocimiento sobre el origen biológico sea trascendental en la vida del menor, en tanto le posibilita un desarrollo pleno de su propia personalidad, sus valores y creencias. En suma, no es la "realidad biológica" como dato referencial lo que cuenta, sino la elaboración moral del propio sujeto. Detrás de la búsqueda del verdadero origen biológico hay toda una actitud moral del sujeto, expresada por un conjunto de deseos relacionados con el conocer la "historia previa", esto es, los antecedentes familiares, afectivos y las circunstancias que rodearon a la procreación (p. 297).

En el mismo sentido se pronuncian Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras:

(...) el derecho a la identidad que recepta la CDN y varios instrumentos internacionales de derechos humanos como infra constitucionales que el nuevo Código debió respetar, como la ley 26.061, no sólo es el dato genético si no que éste es uno de los aspectos de la identidad pero no el único ni siempre el más relevante, incluso dentro del ámbito de la filiación por naturaleza. ¿Acaso en supuestos donde el marido de la madre se creyó padre biológico por tantísimos años y mantuvo siempre un vínculo afectivo profundo con el hijo se va a decretar la impugnación de la paternidad por faltar el dato genético? Si la respuesta es debatida en la doctrina y jurisprudencia nacional en el campo de la filiación por naturaleza, es claro que el dato genético no es el único elemento que involucra la identidad (...) (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, 2014, p. 558).

En otra obra Kemelmajer(2008) sostiene que la Convención de los Derechos del Niño no consagra en su articulado el principio a la "realidad biológica" como principios rector de la filiación, ya que hay que tener en cuenta todos los aspectos que rodean el entorno del niño y además, hace referencia a la paradoja existente entre la invocación de derechos del niño para desplazarlo de su situación jurídica para ubicarlo posiblemente en otra en donde no puedan hacer frente a sus obligaciones alimentarias.

Como sostiene Krasnow:

el tiempo y las historias de vida que se exteriorizan en la justicia reflejan la necesidad de separar en muchas situaciones el emplazamiento filial de la verdad biológica, aun cuando la norma persiga la concordancia entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico. No siempre esta alianza es la realización del mejor interés del niño (Krasnow, 2008, s.p.).

Entonces, se puede comprender que las características de la identidad traspasan los elementos que la constituyen y que la misma, por ser una construcción no puede ser restringida por la identidad desde su origen biológico, aunque esta verdad biológica sea innegable.

Aquí, es donde la voluntad y libertad del sujeto para aceptar una filiación que difiere de su origen, entra en juego, puesto que, si bien el sujeto puede tener un origen biológico determinado, por otra parte, su identidad puede expresarse desde una filiación reconocida legalmente a través de la adopción, por ejemplo, o de haber gozado durante mucho tiempo posesión de estado de hija de un presunto padre que resultó no ser tal.

De esta manera, es importante comprender a la identidad como una construcción dinámica, en el desarrollo vincular y cultural que el sujeto erija desde un origen particular, mientras que dicho origen será el que proporcione el aspecto estático de la identidad. Ambos elementos deben relacionarse y complementarse entre sí, de forma que la protección de una persona (en particular de un menor de edad) no abarque solo la realidad biológica, sino también la espiritual, social y afectiva, ya que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de filiación.

### **3.3 Marco normativo**

Dentro de las normas que se refieren al derecho a la identidad se menciona las siguientes regulaciones de diferentes jerarquías:

- La Convención sobre los Derechos del Niño: Cruz (2015) precisa que:

Este derecho a la identidad se encuentra receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 8, dispone: “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 identidad representa la prueba de la existencia de una persona como parte de un todo, que es la sociedad. Es obligación del Estado el respeto por la preservación de la identidad del menor y toda norma que menoscabe el acceso al conocimiento de esa información puede interpretarse como una injerencia ilícita (p. 6).

- Constitución Nacional:

Si bien la Constitución de la Nación Argentina en su reforma de 1994 (Poder Constituyente derivado), prosiguió ampliando un abanico normativo de protección a los derechos subjetivos, materializado por los artículos 14, 16, 18, 19, 33, y 75 inc. 17, 19, 22 y 23; la Identidad Personal es un derecho personalísimo que aguarda su pleno ejercicio.

Su tutela explícita podemos encontrarla en los siguientes preceptos normativos: Constitución de la Nación Argentina; Art. 75, inc. 19, Proveer lo conducente al desarrollo humano...dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural..., inc. 23, 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..., inc. 22 gozan de jerarquía constitucional los siguientes tratados internacionales en materia de derechos humanos (Moriconi, 2016, s.p.).

- Ley 26.061: en esta norma se reconocen los diferentes derechos a los que se asocia el derecho a la identidad, aunque este se encuentra regulado en el artículo 11° donde se dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen la capacidad de ser titulares de un nombre, una nacionalidad, un idioma, el reconocimiento de sus familiares y padres, es decir, su origen, al igual que la preservación de esos vínculos y de su centro de vida, es decir el lugar donde el menor hubiere transcurrido la mayor parte de su existencia.

### **Conclusión parcial**

De lo antedicho, se puede colegir que el derecho a la identidad es un término complejo que refiere a una serie de elementos (identidad estática e identidad dinámica) que construyen el ser del sujeto tanto legalmente como socialmente.

La importancia de reconocer este derecho, se basa en el necesario basamento biológico y filiatorio del que depende la entidad subjetiva, para desarrollarse como un ser social, en el cual cumplirá roles y expresará valores morales.

Es innegable, por lo expuesto que, este derecho posee diferentes aristas, ambas codependientes, pero no voluntariamente determinadas por el individuo sino además impuestas.

En este sentido, el aspecto estático de la identidad es la parte de la misma que el sujeto no puede elegir por sí mismo, que le antecede y le da sentido de pertenencia y de existencia en un origen vincular específico.

Desde dicho nombramiento significativo, podrá desarrollar la identidad de manera dinámica, asumiendo roles y generando comportamientos sostenidos desde una crianza específica, que lo hace único.

Este reconocimiento resulta tan relevante que debe de preservarse incluso en casos en que no condice con el origen biológico (ejemplo cuando ha mediado posesión de estado de hija), puesto que mantener esos vínculos de manera legítima, aporta a la reafirmación de pertenencia y de la identidad ya consolidada; es decir que en muchos casos prevalecerá la identidad dinámica sobre la estática, siempre teniendo en miras el principio del interés superior del niño.

Tanto desde el Código Civil y Comercial, como en la Constitución Nacional que reconoce Tratados internacionales y Convenciones asociadas a los derechos de los niños y adolescentes, es indiscutible la protección del derecho a la identidad y a los elementos que conforman la misma, puesto que de ese reconocimiento normativo dependen otras capacidades y obligaciones del que es titular el sujeto de ley.

Por lo contrario, vulnerar dichos derechos es sinónimo de denegarle la identidad subjetiva, transformándolo al individuo en un objeto de ley.

## ***Capítulo IV***

***Análisis de jurisprudencia nacional del  
derecho a la identidad en función del  
interés superior del niño, niña o  
adolescente en supuestos de  
impugnación de la filiación.***

## **Capítulo IV: Análisis de jurisprudencia nacional del derecho a la identidad en función del interés superior del niño, niña o adolescente en supuestos de impugnación de la filiación.**

### **Introducción**

En este capítulo se expondrán fallos acerca del derecho a la identidad en función del interés superior del niño en supuestos de impugnación de la filiación acorde al Código Civil derogado y al Código Civil y Comercial vigente.

El derecho a la identidad es un derecho humano inherente a todas las personas, ya sean menores o mayores, y el principio al interés superior del niño constituye una garantía fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina y jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo aplica reiteradamente, [...] con el alcance prescripto en el derecho positivo, particularmente por imperio de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra expresamente (Solari, 2013).

### **4.1. Fallos según el derogado Código Civil de la Nación.**

#### **4.1.1.M. , J. F. contra M. , E.J. Filiación (Impugnación de paternidad)**

Un antecedente jurisprudencial anterior a la reforma del Código Civil y Comercial, en el cual se receptó la *postura eclética*, es la causa C. 101.726, "M. , J. F. contra M. , E.J. Filiación (Impugnación de paternidad)" resuelta por la Suprema Corte de Justicia en el año 2013. La actora inicia en representación de su hija menor, acción de impugnación de la paternidad contra el Sr. E.J.M. El Tribunal de Familia N° 1 de San Nicolás resolvió desplazar a la menor F. M. del estado de hija del demandado y decidió mantenerle el apellido M, sosteniendo en pocas palabras que debe primar el derecho a la identidad de origen.

Ante esto, el demandado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte de Inaplicabilidad de la ley. Adujo que el fallo incurrió en absurdo probatorio y conculcó su derecho de defensa; agregó que la prueba biológica no es una prueba tasada con peso

absoluto ya que necesita ser complementada para formar plena convicción, y que en el acto se le negó toda posibilidad de producirla. Igualmente sostuvo que el fallo apelado no contempla el interés superior de la menor.

La Suprema Corte, a través de la mayoría de los votos de sus jueces, resolvió hacer lugar al recurso planteado, revocar la sentencia impugnada y rechazar la impugnación de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. Los fundamentos más relevantes fueron:

- El caso plantea una visible tensión entre el derecho de la menor F. a conocer fehacientemente la verdad sobre su identidad de origen y obtener el consecuente emplazamiento filial acorde con el dato biológico, y su derecho a la preservación de su identidad dinámica consolidada por el vínculo sentimental forjado con su, así nombrado, "padre del corazón".
- Este conflicto de intereses debe componerse a través del superior interés de la menor. El tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". La exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el "conjunto de bienes necesarios" para el menor se integre con los más convenientes en "una circunstancia histórica determinada", responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.
- Si bien el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual.
- Ni las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la normativa constitucional nacional y/o provincial, ni las normas de rango inferior obstan para que la ley o la jurisprudencia privilegien, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una "verdad biológica" considerada apriorísticamente.
- Por una posición biologicista a ultranza que distorsiona la realidad, no es dable acoger una pretensión destinada a la modificación de un estado filiatorio que los hechos demuestran la niña no posee verdadero interés

en alterar, ya que F. mantiene un estrecho vínculo (correspondido) con el demandado y su familia.

#### **4.1.2. B., A. c/ G., A.; A., C. s/ Impugnación de paternidad**

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín revocó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había rechazado la excepción de falta de legitimación opuesta por el codemandado y admitido las acciones de impugnación y reconocimiento de paternidad, desplazando el estado filiatorio de M.C. como hija de C. R.A. y emplazándola en el estado de hija de A. B., declarando el vínculo reclamado respecto del actor.

Para así decidir la Cámara se basó en los siguientes argumentos:

- El tratamiento de la materia referida a la legitimación sustancial es una cuestión de orden público y por lo tanto ajena a la disponibilidad de las partes (fs. 399 vta.).
- Alcanzada la mayoría de edad o producida la emancipación el menor goza de todos los derechos necesarios para establecer legalmente su filiación de modo que coincida con su realidad biológica.
- El único camino para impugnar una filiación matrimonial es la acción que el art. 259 del Código Civil le confiere al marido y al hijo para desvirtuar mediante prueba en contrario la presunción legal que establece el art. 243 del mismo ordenamiento. La interpretación literal de la norma indica que la enumeración de los legitimados es taxativa.
- La conveniencia de la concordancia entre los vínculos biológico y jurídico no constituye sino un principio general, que tiene sus excepciones, pues no en todos los supuestos es bueno para la persona y particularmente para el menor que ambos vínculos coincidan. La propia Convención sobre los Derechos del Niño pone el acento en que "... la preservación de la identidad debe ser efectuada de conformidad con la ley, la cual puede, en consecuencia, por razones de política jurídica (...) privilegiar una identidad filiatoria consolidada, no coincidente con una verdad biológica considerada apriorísticamente y negar una investigación de la verdadera identidad (...)".

Contra esta decisión el señor A. B. interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley Civil ante la Corte Suprema de Justicia de La Plata. Sostiene el recurrente que al decidir como lo hizo la Cámara vulneró el derecho a la identidad del menor -consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la Convención Americana de Derechos Humanos-, otorgando preeminencia a la legislación interna -art. 259 del Código Civil-, e imposibilitando así al niño y a su padre biológico establecer lazos jurídicos que emanan del vínculo de sangre.

La Corte, por mayoría, resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto, para así decidir se basó en los siguientes argumentos:

- La niña, vivió con sus padres hasta que se separaron, luego continuó el contacto con su padre (el señor A) a quien reconoce como el mismo. El recurrente hace presente el reclamo luego de transcurridos cuatro años de vida de la niña, no desarrolló su rol de padre ni tuvo contacto con la menor.
- "... por un lado está en juego la auténtica filiación de una persona, a la cual, en principio es legítimo acceder, porque cada uno tiene derecho a conocer su origen, que incide en la propia identidad. La verdad histórica es, desde este punto de vista, el valor que se debe preservar. Por otro lado, si se admitiera que la determinación de tal verdad pudiera ser procurada sin limitaciones, se correría el riesgo de convertir a la familia en un campo de Agramante, donde ningún estado civil estaría a cubierto de un eventual cuestionamiento. La prudencia, indispensable consejera en la interpretación de la ley, indica la conveniencia de no tomar ni la verdad de la filiación ni la paz familiar como valores absolutos..."
- la acción incoada supone el intento de desplazar a M. de su estado de hija matrimonial, de conformidad con la presunción legal prevista en el art. 243 del Código Civil, de suerte tal que ello podría afectar a la niña de modo trascendental al privarla del vínculo jurídico que la une al marido de su madre, con quien tiene una estrecha relación de amor recíproco, así como destruir los lazos que la vinculan a la familia extensa del señor A.
- las relaciones familiares se vinculan estrechamente al interés familiar y al interés superior de la niña, pues son los vínculos que desarrolla desde su nacimiento y que le proporcionan contención social, jurídica y,

prioritariamente, afectiva. Frente a ello, la pretensión del actor constituye una intromisión inadmisibles en la vida familiar de la menor porque constituye una "injerencia ilícita", según el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del niño.

- la limitación de los legitimados dispuesta por el art. 259 del Código Civil no vulnera ningún tratado internacional de derechos humanos, pues estos instrumentos contemplan la importancia de la familia como realidad indispensable al bien personal y al bien común y confieren a las autoridades locales un razonable margen de apreciación para regular los medios de protección de la institución familiar, aunque ponderando también otros valores esenciales.
- interés familiar debe ser apreciado en función de las particulares circunstancias de tiempo y lugar que configuren la cultura de un pueblo dado en un momento determinado, tratándose de una pauta flexible, edificada sobre principios cuya proyección debe efectuarse sobre aquellas realidades circunstanciales. De esta forma, el juzgador debe establecer qué bien esencial a esos fines se encuentra comprometido por la situación concreta planteada, y en una segunda operación intelectual optar, entre todas las variantes posibles a las que dé lugar la misma, por la que más se aproxime a la satisfacción de aquel interés o, en su caso, la que menos lo afecte.

#### **4.1.3. "V, F N C/ C, L A Y OTRO – acciones de filiación - contencioso - impugnación de paternidad matrimonial"**

De los mencionados autos resulta que comparece la señora FN V ante la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, promoviendo formal demanda de acción de impugnación de la paternidad matrimonial, en relación a su hija matrimonial menor de edad C C V en contra del señor L A C; planteando la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil en cuanto restringe los legitimados activos en la impugnación de la filiación matrimonial, colocando en un

plano de desigualdad a la madre respecto de su cónyuge. Además, sostuvo que el derecho del niño a preservar su identidad sólo halla plena tutela en el reconocimiento de la acción de paternidad matrimonial que se otorgue a la madre, permitiendo así la inmediata y efectiva protección de sus intereses, no siendo razonable que las normas actúen como obstáculos ante un asunto tan importante como es el hecho de que un ser humano sea tenido legalmente por hijo de quien biológicamente no lo es. Por otro lado, dice que no hay vínculo entre el demandado y la niña. Al existir análisis de ADN que descartan la paternidad del demandado con respecto a la menor, este se allana a la demanda.

La Cámara, por el voto de sus vocales, resolvió hacer lugar al pedido planteado por:

- el art. 259 ya sea porque omitió o porque quiso excluirlo no previó la legitimación de la madre por motivos que hoy resultan absolutamente restrictivos y discriminatorios.
- en el caso el interés superior de la niña en determinar su realidad biológica y con ello su identidad va de la mano con la admisión de la demanda.
- la filiación paterna es en la actualidad perfectamente demostrable mediante los estudios de ADN que excluyen cualquier otro tipo de valoración. Agrega que si bien la regla de presunciones viene a defender la integridad familiar, ésta no puede defenderse sino con la verdad o con el debate de la verdad cuando ésta resulta controvertida, y que además la realidad normativa no puede ir en contra de la realidad biológica.
- la República Argentina al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometió a no contener en los ordenamientos jurídicos normas que establezcan algún tipo de discriminación referentes a la protección de la ley, tal como es el caso que se plantea, a raíz de la limitada legitimación activa que establece el art. 259 del Código Civil.
- el derecho del niño a preservar su identidad sólo halla plena tutela en el

reconocimiento de la acción de paternidad matrimonial que se otorgue a la madre, permitiendo así la inmediata y efectiva protección de sus intereses, no siendo razonable que las normas actúen como obstáculos ante un asunto tan importante como es el hecho de que un ser humano sea tenido legalmente por hijo de quien biológicamente no lo es.

- En la materia que nos ocupa rige la máxima contemplada por la Convención sobre los Derechos del Niño que prescribe que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” ( art. 3). - En el caso bajo examen se estima que la omisión del art. 259 del Código Civil respecto a la posibilidad de la madre de impugnar la paternidad de su marido, va en desmedro del interés superior de la hija y específicamente vulnera el derecho a la identidad de la niña de autos, de raigambre constitucional.

## **4.2. Fallos según el vigente Código Civil y Comercial de la Nación.**

### **4.2.1. “B. c/ T. y otro s/ impugnación de paternidad”**

En esta causa el codemandado E.A.T interpone un recurso de apelación contra la sentencia que admitió la demanda de impugnación y filiación y declaró que la menor L.V.T.F no es hija del codemandado sino del actor A.G.B, además dispuso la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El apelante persigue con sustento en el derecho a la identidad de la menor y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que “el nuevo estado de familia, no implique el cambio del apellido de la persona que ya es conocida e individualizada con el mismo en el ámbito familiar, social, deportivo, cultural y laboral” y solicita que se adicione el apellido biológico al actual nombre de la menor. Ante esto,

la Cámara convocó a audiencia a todos los interesados para una solución justa y respetuosa de los derechos de la niña y para oír a la misma.

Luego la Cámara resolvió que al apellido compuesto resultante del paterno biológico más el materno-se le adicione el que la menor ostentaba hasta ahora como primer apellido. Ello en atención a la inconveniencia de suprimir el apellido que como primero venía usando la menor con las desfavorables consecuencias que dada su edad tal situación acarrearía. Ello no implica -claro está- el mantenimiento de vínculo jurídico alguno entre -tal la forma en que quedará compuesto su nombre- y el demandado quien, repito, no es su padre.

#### **4.2.2.Y. M. M. c/ V. P. M. s/ impugnación de reconocimiento**

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú rechazó in limine la acción de impugnación del reconocimiento paterno promovida por la abuela, por entender que al tratarse del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 593 del CCivCom., la impugnación podía ser efectuada por el propio hijo o por los terceros que invoquen un interés legítimo, y la actora no se encontraba legitimada para promover la acción, en tanto no basaba su pretensión en la búsqueda de la realidad biológica sino en un interés puramente patrimonial, ya que la finalidad era resguardarse de un reclamo alimentario de su nieta.

Según el art.593 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) la impugnación del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser efectuado “por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo”. En el caso bajo estudio la actora -madre del reconociente - asevera encontrarse “legitimada” para promover esta acción, precisando que su “interés” radica en procurar conocer la “verdadera identidad Biológica de la Niña”. Empero, a pesar del aludido criterio amplio de interpretación que debe imperar en estos casos, es evidente (y así surge de su propio relato) que la acción de impugnación fue promovida como reacción a la notificación del reclamo alimentario efectuado por la progenitora de la menor, quedando de tal forma claramente desvirtuado el argumento esbozado, fundado en la búsqueda de la realidad biológica de la niña, máxime cuando no se ha siquiera alegado la existencia de alguna restricción en la capacidad del padre reconociente que le impida atacar “. la validez

sustancial del acto jurídico que contiene a dicho reconocimiento, fundada en vicios relativos a su eficacia”.

Habida cuenta del carácter imprescriptible e irrenunciable de la acción destinada a reclamar la filiación o a impugnarla (art. 576 CCyC), lo cual posibilitará a la niña a acceder al conocimiento de su realidad biológica en caso de así considerarlo necesario, al no apreciar que la resolución puesta en crisis contradiga alguna manda de la Constitución Nacional o Provincial, ni que tampoco vulnere derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, de raigambre constitucional (art. 75 inc.22°).

#### **4.2.3. “D., A. A. c/ B. P., G. M. Y OTRO s/IMPUGNACION DE PATERNIDAD”**

Se presenta el Sr. A. A. D., en su carácter de reconociente del niño I. A. D. y promueve demanda de impugnación del reconocimiento contra la Sra. G. M. B., adjuntando copia del estudio genético del que resulta excluida su paternidad con relación al niño mencionado.

El Juzgado Nacional en lo Civil de Buenos Aires, hace lugar a la demanda de impugnación de reconocimiento de la paternidad de un niño interpuesta por el mismo reconociente en los términos del art. 593 del Código Civil y Comercial, habida cuenta de que un estudio genético de ADN que se realizara en forma privada determinó la exclusión de su paternidad respecto del menor en cuestión y, en consecuencia, desplaza la paternidad extramatrimonial.

En este sentido, se ha resuelto que “la acción de impugnación del reconocimiento es la acción de estado de desplazamiento por la cual se niega que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido y que, de prosperar, deja sin efecto el título de estado que, mediante el reconocimiento, se obtuvo, o, en su caso, impide su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas” (C. Civ. Y Com. Morón, sala 2ª, 3/8/1995, “A. J. C.”, JA 1999-III-síntesis).

Considera que los argumentos expuestos por la doctrina y jurisprudencia acerca de la falta de legitimación del reconociente para impugnar el reconocimiento, tropiezan

con la realidad misma al examinar la cuestión dado que, desde la perspectiva del interés superior del niño, cabe preguntarse cuál es el interés que ampara el sostén de un vínculo jurídico que no sólo no responde a la realidad biológica del niño, sino que además es cuestionado por el propio reconociente. Asimismo, afirma que El carácter determinante de esta prueba, que por otra parte ha sido consentida por todas las partes involucradas en el proceso, me lleva a concluir acerca de la inexistencia de vínculo biológico entre el reconociente y el reconocido. Y ello en tanto en los supuestos de exclusión del vínculo genético, sabido es que cada prueba puede aportar una incompatibilidad y si ésta es absoluta, el vínculo queda descartado, sin necesidad de realizar cálculo estadístico alguno, de modo que la exclusión de la paternidad es siempre certera.

### **Conclusión parcial**

Anteriormente a la unificación del Código Civil y Comercial, la legitimación activa para impugnar la paternidad presumida por ley era limitada ya que sólo era concedida al marido (y en un supuesto específico a sus herederos) y al hijo. En el caso de impugnación del reconocimiento, la legitimación era más amplia ya que se otorgaba al propio hijo y a quienes tenían interés en hacerlo.

Debido a esta restricción, se daban numerosos fallos en los cuales se rechazaba la acción de impugnación intentada por falta de legitimación, pese a que la verdad biológica no coincidía con la verdad formal. Ante esto se fue abriendo camino a diversas posturas, en las cuales primaba para la resolución de dichos casos, el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño:

- Postura Amplia: de acuerdo a la misma se considera inconstitucional la restricción en la legitimación activa establecida en el Código Civil, por cercenar el acceso a la justicia, garantía reconocida en nuestra Constitución. También sostiene que los vínculos filiales son recíprocos, por lo que no se le puede conceder derecho al hijo a conocer su verdad biológica y negárselo al padre biológico, ya que implica negarle su derecho a asumir su paternidad.
- Postura restrictiva: la limitación establecida en el artículo 259 del Código Civil derogado, la cual no contempla al padre biológico, no afecta el principio de igualdad porque se busca preservar la paz

familiar y tampoco viola el derecho a la identidad, ya que el hijo si cuenta con legitimación activa para impugnar en cualquier momento.

- Postura eclética: según esta postura, hay que evaluar cada caso en concreto donde debe tenerse en cuenta diferentes variables como la edad del menor, la relación con el padre biológico, la relación con quien hasta ese momento fue su padre, las relaciones familiares para de esta forma conciliar todos los intereses en juego, el interés superior del menor y el derecho del padre biológico a forjar un vínculo con su hijo. Se permite que, en determinadas circunstancias, verdad biológica no coincida con vínculo filial. Es decir que, para esta postura, puede primar la identidad dinámica sobre la estática.

Posteriormente, con la unificación del Código Civil y Comercial, se estableció un sistema de legitimación amplio en la impugnación de la filiación presumida por ley, según el cual son legitimados activos el marido, el hijo, la madre y *cualquiera que invoque un interés legítimo* (aquí cabría la legitimación del padre biológico), por lo cual se dice que receptó una postura amplia con aspectos de la postura eclética, que recepta el principio de la realidad, hay que atenerse a realidades sociales cambiantes y complejas, donde se debe conjugar la identidad estática y especialmente la identidad dinámica, con el interés superior del niño, es decir que se permite rechazar una acción de impugnación si ella no cumple con el interés superior del niño.

En numerosos precedentes sucede que el menor/adolescente ha forjado una relación socio afectiva estrecha con quien hasta ese momento era su padre “jurídico” y extinguir dicho vínculo sería perjudicial para su interés, para lo cual es indispensable el derecho del mismo a ser oído.

Por ello se considera como postura particular en este trabajo final, que la vertiente del Código Civil y Comercial resulta ser adecuada en cuanto considera todos los factores asociados a la identidad del niño, y siendo esta específica, unívoca e irreplicable, cada caso filiatorio lo será y las decisiones judiciales en torno a la misma, deben ser coherente con la situación del menor y especialmente con su interés superior.

Cabe remarcar que en la observancia de las particularidades es donde se podrá respetar el interés superior del niño puesto que depende de variables no solo asociadas a lo biológico sino a la cultural y social.

## **Conclusiones finales**

El trabajo final de grado desarrollado, se orientó a dilucidar la posibilidad del respeto al derecho a la identidad del menor en función del interés superior del mismo, en los casos de impugnación de paternidad presumida por ley e impugnación del reconocimiento.

La investigación de esta manera supuso, un permanente análisis de la figura mencionada en pos de determinar la respuesta sobre una pregunta de investigación eje:

*¿En los supuestos de impugnación de la paternidad presumida por ley e impugnación del reconocimiento, se respeta el derecho a la identidad del menor conforme al principio rector de interés superior del niño?*

Para poder indicar sustentos generales, se ha establecido tanto desarrollo conceptual como normativo, doctrinario y jurisprudencial, como marcos necesarios desde los que se planteó y se pudo corroborar la hipótesis principal, es decir que en los casos de impugnación de la paternidad e impugnación del reconocimiento, desde la normativa derogada del Código Civil y desde las vigentes disposiciones del Código Civil y Comercial, son respetados el derecho a la identidad y el interés superior del niño, puesto que las determinaciones judiciales han sostenido debidas argumentaciones prácticas y teóricas que protegen los derechos mencionados, basándose en lo que es más favorable para el menor en cuestión y respetando en su mayoría la identidad en su faz dinámica.

En las acciones de impugnación de la paternidad, matrimonial o extramatrimonial, lo que se busca es el desplazamiento filial, que en la práctica implicará en el menor la supresión del apellido paterno ostentado hasta entonces. En varios de estos casos, hacer lugar a la acción ejercida por un titular distinto del menor, podría implicar alterar la paz del niño, afectando su derecho a la identidad de forma irreversible, especialmente cuando entre el presunto padre y el menor, en virtud del tiempo transcurrido, se ha establecido un vínculo de afinidad y el menor ha desarrollado parte de su vida y construido su identidad en el seno de una familia con un nombre y apellido determinado.

De esta forma, la puesta en práctica del derecho a la identidad de un menor, suele ser muchas veces problemática, ya que la preservación de su mejor interés se ve en la conservación de los vínculos reales y actuales, es decir en la preservación de la

familia, conservando su identidad histórica, la cual puede no coincidir con la verdad biológica.

El adecuado establecimiento de la filiación de un menor, es un derecho y una necesidad que debe regularse teniendo en cuenta su interés superior; y si bien en la filiación por naturaleza el derecho a la identidad de una persona supone la coincidencia entre el vínculo jurídico y el vínculo biológico y se trata que así sea, la realidad biológica no es el único elemento a tener en cuenta para establecer la identidad filiatoria ni tampoco se gesta como valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, ya que la misma coexiste con la verdad social y cultural que conforman la identidad del ser humano, dando especial importancia al afecto.

Para concluir, si bien el Código Civil y Comercial significó un gran avance al ampliar la legitimación activa y unificar los plazos de caducidad en las acciones de impugnación de la paternidad presumida por ley y en las acciones de impugnación del reconocimiento, esto no implica que las resoluciones a las mismas sean favorables ya que las decisiones judiciales en los casos donde se cuestione el vínculo paterno filial sobre un menor, no solo deben tener en cuenta la verdad biológica, sino que deben respetar y analizar la socio afectividad que rodea al menor, para lo cual se debe analizar su centro de vida y demás aspectos relevantes referidos al mismo, dando especial importancia al derecho del menor a ser oído, para de esta forma llegar a una solución que implique la máxima satisfacción del interés superior del niño, contemplando el derecho a la identidad en sus dos aspectos, estático y dinámico.

Toda decisión que pueda afectar a un menor en su ámbito familiar, debe resolverse teniendo en cuenta el principio rector del interés superior del menor, lo que puede implicar que muchas veces prevalezca la identidad dinámica sobre la estática, sin dejar de mencionar que el menor en cuestión, en cualquier momento podrá cuestionar su emplazamiento filial si así lo desea.

En vistas a proponer de igual manera un aporte general a la normativa, se establece lo siguiente:

Si bien el derecho de los niños a ser oídos y a tener en cuenta su opinión según su grado de madurez y desarrollo, como así también el derecho a conocer sus orígenes, se encuentran garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel nacional, por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y

adolescentes; se propone la incorporación de estos aspectos de forma expresa al articulado del Código Civil y Comercial, en lo que respecta a las acciones de impugnación de la paternidad presumida por ley e impugnación del reconocimiento (como sucede en los artículos 595 y 596 referidos a la adopción), para que el menor pueda dar su opinión respecto a la situación de su identidad personal y a su vez, para que los responsables del mismo, si no tiene edad suficiente para comprender y si la impugnación es rechazada, asuman el compromiso de hacerle conocer sus orígenes, aspecto esencial para que una persona construya su identidad.

## Bibliografía.

### Doctrina

Alvarez, M. R. (2016). *Derecho a la identidad*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4242/8.pdf>

Cillero Bruñol, M. (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: [http://surargentina.org.ar/material-interes/material/09\\_material\\_complementario/03\\_el\\_interes\\_superior\\_del\\_nino\\_convencion\\_sobre\\_derechos\\_nino\\_cille.pdf](http://surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf)

Chechile, A. M.; y otros. (2015). *Derecho de Familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.

Cruz, J.M. (2015). *El derecho a la identidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Derecho Civil IV. U.C.S.E.* Recuperado de: [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Cruz\\_EL-DERECHO.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Cruz_EL-DERECHO.pdf)

Epstein, M. (2009). *La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas*. Recuperado de: [http://webiigg sociales.uba.ar/iigg/jovenes\\_investigadores/5jornadasjovenes/EJE1/Mesa\\_2\\_Epstein.pdf](http://webiigg sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/5jornadasjovenes/EJE1/Mesa_2_Epstein.pdf)

FernandezSessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

Gonzalez. M. (2015). *La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial*. La ley, 2015, C. Recuperado de: <http://www.marcelamascotena.com.ar/documentos/44.pdf>

Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2008). *El tiempo, algunos plazos procesales y sustanciales en Derecho de Familia, y su controvertida constitucionalidad*. En E. Ferreira Bastos, M. B. Diaz (coords.). *A familia além dos mitos* (pp.1-36). Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?isbn=8573089466>

Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M., Lloverás N., (2014). *Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Krasnow, A. (2008). *Una solución que responde al mejor interés del niño*. Recuperado el 30 de Mayo de <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/04/una-solucion-que-responde-al-mejor.html>

Lloverás N. (2016). *Manual de derecho de las familias según el Código Civil y Comercial*. Córdoba, Argentina: Editorial Mediterránea.

Lorda, L. (2006). Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. En *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.

Mendez Costa, M.; Lorenzo de Ferrando, M.; Cadoche de Azvalinsky, S.; D'Antonio, D.; Ferrer, F. y Rolando, C. (2015). *Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

Moriconi, A. (2016). La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio. In *Iure*. Revista Científica de la Universidad Nacional de La Rioja. Recuperado de: <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/view/121>

Robles, D. y Di Ieso, L. (2016). *El concepto de familia y la formación académica en Trabajo Social*. Artículo. Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. Recuperado de: [http://trabajosocial.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/13/2016/03/8\\_robles.pdf](http://trabajosocial.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/13/2016/03/8_robles.pdf)

SOLARI, Néstor (2013). *Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema*. Thomson Reuters. Recuperado el 8 de mayo de 2018 de: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-deopinion/17/06/2013/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-superior-del-nino-en-fallos-de-la-cortesuprema>.

Ossorio, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan S.A.

Villamayor, F. (2005). Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la Convención de los Derechos del Niño. Recuperado de:

[www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-niño.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-niño.pdf)

## **Legislación**

### **Internacional**

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado el 12 de Abril de 2018 de [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNcdn.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf)

### **Nacional:**

Constitución de la Nación Argentina (2010). Buenos Aires, Argentina: Producciones Mawis.

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> el 12 de Abril de 2018.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015). Córdoba: Elguero.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Decreto Ley No. 18.248, artículo 18°.

Ley No. 13.725, artículo 1°, 30 de noviembre de 2017.

### **Jurisprudencia**

Fallo “B., A. c/G., A.; A., C. s/Impugnación de paternidad”, 2014. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-buenos-aires---impugnacion-paternidad-fa14010201-2014-11-12/123456789-102-0104-1ots-eupmocsollaf?>

Fallo “B. c/ T. y otro s/ impugnación de paternidad”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com>

Fallo “D., A. A. c/ B. P., G. M. Y OTRO s/IMPUGNACION DE PATERNIDAD”. Recuperado de <https://www.facebook.com/notes/instituto-argentino->

[de-sucesiones-y-familia/admiten-la-impugnacion-de-paternidad-extramatrimonial-de-un-menor-efectuado-por-518727138522368/](http://de-sucesiones-y-familia/admiten-la-impugnacion-de-paternidad-extramatrimonial-de-un-menor-efectuado-por-518727138522368/)

Fallo "M.,J. F. contra M. , E.J. Filiación (Impugnación de paternidad)" Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Recuperado de [www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2013/04-05/c101726.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2013/04-05/c101726.doc)

Fallo "V, F N C/ C, L A Y OTRO – acciones de filiación - contencioso - impugnación de paternidad matrimonial" recuperado de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98165014>

Fallo "Y. M. M. c/ V. P. M. s/ impugnación de reconocimiento". Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com>