



NEUQUEN, 27 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO**", (Expte. **EXP N° 60388/2013**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, la **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La codemandada -progenitora del joven involucrado en autos- interpone recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 62/65, que declara la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, en cuanto impide el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial al actor, y rechaza, en consecuencia, el planteo de caducidad de la acción, declarando admisible la acción interpuesta por el actor, e imponiendo las costas en el orden causado.

a) La recurrente realiza un resumen de lo actuado en la causa y se agravia por entender que la resolución adoptada por la sentenciante de grado obedece a una convicción íntima, que no se corresponde con los antecedentes de autos, por lo que el decisorio es arbitrario.

Dice que la a quo, en momento alguno expresa las razones particulares y concretas por las cuales ha declarado la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil. Destaca que la jurisprudencia y doctrina que cita no se relaciona puntualmente con el caso planteado.

Sigue diciendo que la resolución recurrida afirma que el plazo de caducidad lo es al interés familiar y la seguridad jurídica, puesto que de no contar con un plazo de



caducidad todos los estados de familia serían inciertos e imprevisibles, y que esta afirmación no tiene asidero legal, atento a que el hijo se encuentra legitimado para realizar la petición en todo momento de su vida.

Señala que el fallo de primera instancia cita un antecedente de la Sala I de la Cámara de Apelaciones (voto de Dr. Lorenzo García), sosteniendo que en él se declaró la inconstitucionalidad del plazo establecido en el art. 259 del Código Civil, siendo erróneo tal aserto, ya que en esa sentencia se declaró la nulidad de todo lo actuado en razón de la contradicción incurrida en la sentencia apelada. Agrega que el Dr. García, en su voto, cita la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quién se pronuncia a favor de la declaración de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, pero acotando que el solo cumplimiento del plazo no es suficiente para la invalidación del artículo referido.

Pone de manifiesto que a fs. 21 vta., la tutora ad litem del menor manifestó que, según dichos de él, quiere seguir manteniendo el apellido D., que no le interesa como progresa el expediente y que quiere a los dos padres.

Considera que la jueza de grado debió hacer un análisis exhaustivo y estricto sobre la cuestión para poder declarar la inconstitucionalidad de la ley.

Sostiene que el progenitor tuvo la oportunidad de ejercer su derecho desde mucho tiempo antes, haciéndolo valer en forma extemporánea.

Cita jurisprudencia.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios en forma extemporánea (fs. 75).



c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite opinión a fs. 84, considerando que debe confirmarse la resolución apelada.

d) A fs. 85/vta. se expide el Fiscal de Alzada, a favor de la inconstitucionalidad declarada.

e) La tutora ad litem del joven involucrado en autos guarda silencio, no obstante la notificación cursada.

II.- La resolución de la a quo declara inconstitucional el art. 259 del Código Civil, en cuanto impide el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al actor, tornándola admisible.

El art. 259 del Código Civil dispone, en lo que aquí interesa, que la acción de impugnación de la paternidad del marido caduca, para éste, si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo.

El plazo de caducidad que dicha norma impone a la acción del marido ha sido defendido y criticado por doctrina y jurisprudencia. Así como existen numerosos fallos que han declarado la inconstitucionalidad de este plazo de caducidad, otros han entendido que resistía el test de constitucionalidad.

Entre estos últimos, puede citarse a la Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca (Sala II, "K., A.F. c/ C., S.E.", 3/4/2012, LL on line AR/JUR/20670/2012), para quién si bien el plazo de caducidad previsto por el art. 259 del Código Civil puede considerarse inconveniente u opinable, no vulnera derecho o garantía constitucionales alguno, *"y por lo tanto es fruto legítimo del ejercicio del poder constituido"*, en tanto el derecho a la verdad biológica no se encuentra cercenado sino, en todo caso, reglamentado.



En igual sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con voto del Dr. Eduardo Zannoni (Sala F, "L., F. c/ O., P.", 17/3/2010, JA 2010-IVa, pág. 77). Se sostuvo en dicho fallo: *"...dicho plazo responde a una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia. Es cierto que el plazo de caducidad transcurre aún antes de que el marido acceda, por hipótesis, al conocimiento de la verdad biológica, pero no por ello puede sostenerse que sea inconstitucional. Todas las legislaciones contemporáneas establecen de un modo u otro un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por el marido, y justo es señalarlo, el que establece nuestro Código Civil, a partir de la ley 23.264, es de los más extensos que muestra el derecho comparado... No paso por alto las disposiciones tuitivas que consagra la Convención de los Derechos del Niño. Pero creo que sus enunciados deben confrontarse con el derecho interno y no sustituir irreflexivamente las normas del derecho privado incurriendo en una descontextualizada sumisión axiomática a disposiciones como la de los arts. 7.1, 8.1 y 9.1 de dicha Convención... Nadie puede poner en discusión, entonces, que debe respetarse el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones de familia como lo señala el art. 8.1 de la Convención. Pero la misma norma añade que la preservación de la identidad y de las relaciones debe serlo de conformidad con la ley. Es decir, la directiva básica es proteger a los niños de toda injerencia que pudiese tener como finalidad sustraerlos ilegítimamente de la familia o de cualquier otro modo sustituir su identidad filiatoria. Las disposiciones de la Convención no obstan a que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una verdad biológica considerada apriorísticamente como puede suceder en los casos de fecundación asistida heteróloga. O que, en algunos casos,*



favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suple carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica (como sucede en la adopción plena, por ejemplo)... En este tema, relativo a las acciones que confiere el art. 259 del Código Civil es menester visualizar dos intereses en juego, a) el interés del marido que no siendo padre biológico impugna la paternidad matrimonial que la ley presume y, b) el interés del hijo que está habilitado en todo tiempo a desconocer la paternidad biológica de su padre legal, lo cual responde a la defensa de su identidad biológica... argumentar que la caducidad que la ley dispone a la acción del marido es inconstitucional porque violenta las disposiciones tuitivas que en favor del hijo establece la Convención de los Derechos del Niño... implica no comprender, o sea confundir, los diversos intereses que se ponen en juego en una y otra acción. La acción del marido caduca, la de la hija, no. Y la acción del marido caduca porque la ley pretende que sólo quede abierta durante un tiempo acotado la posibilidad de cuestionar su responsabilidad procreacional. La acción del hijo no caduca porque el interés que la inspira es permanente y atañe al derecho a la identidad".

Por su parte, la Cámara de Familia de 2º Nominación de Córdoba ("G., D.E. c/ F., N.O. y otra", 16/4/2008, AbeledoPerrot online, nº 70053706) sostuvo que: "...si bien el derecho a la identidad del hijo menor tiene raigambre constitucional, por tratarse de un derecho personalísimo, el único legitimado para su defensa es su propio titular. No obstante tal afirmación, el planteo de inconstitucionalidad formulado por el padre legal no queda privado de contenido, desde que el derecho a acceder a la verdad biológica y con ello propender a la tutela de la identidad personal, es también un derecho del padre... queda



claro que el padre legal detenta un interés legítimo para accionar, pues un concepto amplio del derecho a la identidad personal comprende las relaciones de familia y los correlativos estados de familia que éstas generan... El desarrollo de dichas relaciones resulta, sin lugar a dudas, un elemento de suma importancia en la construcción de la identidad de cada persona, de modo que un desenvolvimiento forzado de relaciones, sin otro sustento que el derivado del imperativo legal, produce importantes alteraciones en la identidad de un progenitor... atento la situación familiar en esta caso en concreto, no luce razonable la restricción impuesta al marido de indagar sobre su paternidad una vez vencido el plazo de un año, cuando ha conocido que no era padre de la hija que aparece como suya con posterioridad".

También se han fundamentado las declaraciones de inconstitucionalidad del plazo de caducidad en la afectación del derecho de propiedad, al provocar desventajas patrimoniales como la derivada de la obligación alimentaria; en la irrazonabilidad de negar la posibilidad de procurar la verdad si la necesidad de investigar aparece posteriormente; por ser discriminatorio y contrario a la igualdad, pues no tiene paralelo en la legitimación del hijo pese a que la filiación es una relación recíproca (cfr. "Código Civil Comentado", dirig. por Francisco A.M. Ferrer - Graciela Medina - María Josefa Méndez Costa, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. "Derecho de Familia - I", pág. 570).

En doctrina se sostienen posturas similares.

III.- Conforme surge de lo desarrollado en el apartado precedente, la cuestión dista de ser pacífica, siendo atendibles los motivos esgrimidos por una u otra posición.

Ahora bien, tal como lo ha puesto de manifiesto la a quo, al momento de fallar, y más aún si se debe resolver



sobre la invalidación de una norma legal, siempre es importante atender a las particulares circunstancias de la causa, al caso concreto. Opinión que también fuera sustentada por esta Sala II, en autos "Ramírez c/ Fuentealba" (expte. n° 54.640/2012, P.I. 2015-I, n° 18), donde se cuestionó la constitucionalidad del art. 259 del Código Civil, aunque por motivos distintos al plazo de caducidad de la acción.

Es por ello que la solución que he de propiciar para este recurso parte de hacerse cargo de las concretas circunstancias de autos, y de la premisa que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias es una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, la que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (cfr. CSJN, Fallos 290:26, 307:531, 312:72, 314:424, entre otros).

En autos, el actor presenta en sede judicial la acción de impugnación de la paternidad presumida por la ley luego de haber realizado un estudio de ADN, en forma privada, del que surge que la posibilidad de paternidad respecto del joven S. es del 0%, el que luce a fs. 7.

Esta circunstancia, en mi opinión, determina que no sea necesario analizar, a efectos de resolver la apelación, la conformidad constitucional o no de la existencia de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad respecto de los terceros, sino que la irrazonabilidad que aparece manifiesta en la aplicación de la norma del art. 259 del Código Civil al presente caso, es el momento en que se inicia el cómputo del plazo antedicho, y no en éste en sí mismo.



Conforme lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A." (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), la nueva legislación, aunque no sea la vigente para la resolución de la causa, debe ser tenida en cuenta como guía, dado que las soluciones que aquella consagra son las queridas por el legislador.

En ese análisis no puedo ignorar que el legislador nacional ha insistido con la fijación de un plazo de caducidad en este tipo de acciones (art. 590, Código Civil y Comercial), entendiendo que la tensión constitucional que plantea el plazo de caducidad en el campo de la filiación entre la seguridad jurídica, estabilidad de los vínculos y derecho a la identidad en su faz dinámica versus la verdad biológica y, consigo, el derecho a la identidad en su faz estática, se equilibra a través de la revisión del modo en que se comienza a computar el plazo de caducidad (cfr. Herrera, Marisa, "Tratado de Derecho de Familia", dirig. por Aída Kemelmajer de Carlucci - Marisa Herrera - Nora Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 872).

Tal como lo explica Néstor E. Solari ("Los plazos de caducidad en las acciones de filiación", DFyP, marzo/2015, pág. 3), las razones y motivos existentes a la época de la sanción del Código Civil, considerados al legislar sobre las acciones de impugnación de paternidad, estaban fundados en cuestiones que hoy se encuentran superadas.

Cuando los medios de prueba en los juicios de filiación eran subjetivos, aparece como razonable computar el plazo de caducidad desde la inscripción del nacimiento, o desde la toma de conocimiento del parto. Partiendo de un estado de duda del progenitor respecto de su paternidad que, en ese momento, no podía ser confirmado o descartado por una prueba científica, no se entiende descabellado computar el



plazo de caducidad desde las oportunidades previstas en el art. 259 del Código Civil.

Conocida la existencia del hijo o hija, el progenitor tenía un plazo de un año para disipar sus sospechas o impugnar la paternidad, transcurrido el cual en virtud de la necesaria estabilidad de las relaciones de familia y dada la imposibilidad de aportación científica para dirimir la cuestión, era conveniente consolidar definitivamente el estado de familia.

Sin embargo, la estabilidad de las relaciones de familia fue puesta, posteriormente, en crisis, cuando la Ley 23.264 establece la legitimación activa del propio hijo en las respectivas acciones de filiación, durante toda su vida.

Y ahora, contando con estudios científicos que determinan la existencia de nexo biológico entre las personas, debe trasladarse el comienzo del plazo referido al efectivo conocimiento de la realidad biológica por parte del marido, ya que, de otro modo, se conculca su derecho de defensa y se frustra ilegítimamente el acceso a justicia.

Señalan Silvia Fernández y Lucía Rodríguez Fanelli ("El plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad matrimonial a la luz de los derechos humanos y constitucionales", LLBA 2006, pág. 1.010) que conforme el espíritu de la ley debe existir concordancia entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico, por lo que necesariamente el plazo limitativo del art. 259 del Código Civil debe ampliarse, adecuando el punto de partida a las circunstancias del caso. De esta manera, si el padre legal ha constatado a través de prueba concluyente (sin perjuicio que el estudio se repita en sede judicial a efectos de posibilitar el control de la contraria) la inexistencia de vínculo biológico con el hijo cuya paternidad se le atribuye, el inicio del plazo de



caducidad debe comenzar a partir del conocimiento de dicho resultado.

Existen fallos nacionales que se expiden en este sentido, considerando que resulta acorde a la protección constitucional de la familia y al respeto de los derechos del ser humano, tales como el acceso a justicia y el derecho a la identidad, sin colisionar con el interés superior del niño, que el plazo de caducidad, respecto de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, comience a computarse a partir de que se tomó conocimiento de la realidad biológica del niño; como así también del Supremo Tribunal Constitucional de España: *"es cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él, pero en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por si mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento"* (cfr. Herrera, Marisa, "Código Civil y Comercial comentado", dirig. por Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. III, pág. 667).

Consecuentemente, ha de confirmarse la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 259 del Código Civil, pero no en cuanto fija el plazo de caducidad de la acción concedida al marido, sino en cuanto determina que el cómputo de dicho plazo comienza en oportunidad de la inscripción del nacimiento o del conocimiento del parto; trasladando este comienzo, en el caso de autos, a la fecha de la toma de conocimiento del resultado del examen privado de ADN.



Si bien la recurrente sostiene que este examen carece de fecha de emisión, de su lectura surge que el director del laboratorio ha datado su informe en 24 de abril de 2013. Partiendo entonces de esta fecha, al momento de interposición de la demanda de autos (31 de julio de 2013, fs. 18), la caducidad de la acción no había operado.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado, por los motivos aquí indicados, distribuyendo las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado, en atención al modo en que se resuelve la apelación (arts. 69 y 68, 2da parte, CPCyC), y diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 62/65, por los motivos aquí indicados.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da parte, CPCyC) y diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA**