

CAPÍTULO IV—APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA FILACIÓN EN DERECHO POSITIVO PRIVADO EXTRANJERO

27. Cronología
28. Técnica legislativa y métodos
29. Contenido
30. El principio fundamental
31. Terminología
32. Emplazamiento en el estado. El reconocimiento del hijo no matrimonial
33. Las acciones de filiación
34. Nacionalidad. *Droit de cité*
35. Nombre
36. Potestad paterna
37. Convivencia del hijo extramatrimonial menor con la familia matrimonial de su progenitor
38. Derechos patrimoniales
39. Alimentos
40. Derechos sucesorios
41. Situación de los hijos de filiación no determinada
42. La legitimación
43. Diferencias favorables a los hijos no matrimoniales
44. Código de Derecho Canónico

Capítulo IV

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA FILIACION EN DERECHO POSITIVO PRIVADO EXTRANJERO (*)

27. Cronología

El nuevo derecho de la filiación es fruto de la segunda mitad de este siglo, aunque algunas de las grandes innovaciones sobre el derecho tradicional registran antecedentes ubicados en la etapa inmediatamente posterior a la primera guerra mundial o en las proximidades de 1950.

Las principales manifestaciones de la reforma a partir de 1950, se ordenan cronológicamente así: ley matrimonial de la República Popular China de 1950; Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela de Hungría de 1952; Código de la Familia de Rumania de 1954 con modificaciones en 1956 y 1966; ley noruega de 1956; Código de la Familia de Checoslovaquia de 1963 y Código Civil de 1964; Código de la Familia y la Tutela de Polonia del 25 de febrero de 1964 en vigor desde el 1º de enero de 1965; ley dinamarquesa de 1960; Código Civil de Guatemala de 1964; Código de la Familia de la República Democrática Alemana vigente a partir del 1º de

(*) Las referencias incluidas en este capítulo se completan en el análisis de las instituciones del derecho argentino, en la segunda parte de esta obra.

abril de 1966; Código de Familia de Bulgaria de 1968; ley de Colombia de 1968; Fundamentos de la legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas sobre el matrimonio y la Familia de 1968 trasladados al nuevo Código del Matrimonio y la Familia del 30 de julio de 1969; Ley de la República Federal Alemana del 10 de noviembre de 1969 vigente desde el 1º de junio de 1970; Código Civil de los Países Bajos de 1970 (el aspecto sucesorio entró a regir en 1974); ley austriaca en vigencia desde el 1º de julio de 1970; ley francesa del 3 de enero de 1972 vigente desde el 1º de agosto del mismo año; Código de la Familia de Bolivia de 1972 que rige desde el 2 de abril de 1973; Código de Familia de Costa Rica de 1973 reformado en 1976 y 1977; ley húngara de 1974; Código de la Familia de Cuba de 1975; ley italiana N° 151 del 19 de mayo de 1975; ley sueca vigente desde el 1º de enero de 1977; ley suiza en vigor a partir del 1º de enero de 1978; edición de 1980 del Código Civil de Ecuador; ley española N° 11 del 13 de mayo de 1981 modificatoria del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la ley noruega de 1981; Código Civil de Venezuela de 1982.

El Código Civil de Portugal de 1966, de contenido tradicional, fue modificado en 1977 en materia de filiación. En Inglaterra, la *Family Law Reform Act* de 1969 ha reformado e incrementado los derechos alimentarios y sucesorios de los hijos ilegítimos. En Estados Unidos, según datos proporcionados por López del Carril⁽⁴⁶⁾, la Conferencia Nacional de Comisionados aprobó en 1973 la *Uniform Parentage Act* que establece la filiación única. Zannoni y Bossert mencionan las leyes de Arizona (1956) y North Dakota y Oregón (1963)⁽⁴⁷⁾. Belluscio cita la ley matrimonial china de

⁽⁴⁶⁾ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *Derecho de Familia*, Buenos Aires 1984, p. 421.

⁽⁴⁷⁾ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Hijos legítimos*, Buenos Aires, 1981, p. 9.

1980; las leyes de Luxemburgo de 1979; el Código Civil del estado de Tlaxcala (Méjico) de 1972; la ley del Estado de Ontario (Canadá) de 1977 ⁽⁴⁷⁻¹⁾.

El Código Civil de Perú fue promulgado en julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. Constituye, por lo tanto, el último en este ordenamiento cronológico anterior a la ley argentina de 1985. Legisla sobre "Filiación matrimonial" y "Filiación extramatrimonial" en sucesivos títulos de la sección denominada "Sociedad paterno-filial" en que también se regula la patria potestad. No contiene norma genérica consagratoria del principio de la unidad de la filiación, pero la establece claramente en cuanto a los efectos puesto que no hace distinción alguna en materia de alimentos (arts. 474 y correlativos, debiendo subrayarse que establece la obligación alimentaria a favor del hijo no reconocido ni declarado, arts. 415 a 417 y 480), ni tampoco en el llamamiento hereditario, al disponer que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de su padre y madre y de los parientes de éstos, no estableciéndose asimismo diferencia entre los ascendientes en la sucesión de los descendientes (arts. 818 a 821).

28. Técnica legislativa y métodos

Las normas sobre filiación han constituido el tema de una ley especial (por ejemplo, la francesa de 1972) o han integrado la comprensiva de otras cuestiones de familia (por ejemplo, la italiana de 1975 y la española de 1981), o, simplemente, se han incorporado al derecho vigente conjuntamente con el Código de Familia (Costa Rica, Bolivia, Cuba) o el nuevo Código Civil (Países

⁽⁴⁷⁻¹⁾ BELLUSCIO, Augusto César, *La unificación del régimen de las filiaciones* en J. A. del 28 de agosto de 1985, p. 2 y ss.

Bajos, Venezuela). Las leyes especiales de filiación o generales de familia, han sido siempre incluidas en los respectivos Códigos modificándose la numeración de los artículos en caso necesario.

La distribución de la materia presenta pocas variantes. La ley francesa se organiza con un primer capítulo titulado *Disposiciones comunes a la filiación legítima y a la filiación natural* que comprende tres secciones. La inicial se refiere a las presunciones relativas a la filiación y a la posesión de estado; la segunda, a las acciones, y la tercera, a los conflictos de leyes sobre el establecimiento de la filiación. En los capítulos siguientes se bifurca el tratamiento entre filiación legítima (cap. II) incluyéndose la legitimación, y filiación natural (cap. III). La ley suiza reemplaza los dos títulos del Código Civil que trataban de los hijos legítimos e ilegítimos por los que denomina *Del establecimiento de la filiación y De los efectos de la filiación*. Contiene también modificaciones a textos aislados del Código Civil o de otras leyes, por ejemplo, de la ley federal de 1952 sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad suiza. La ley española reemplaza el título correspondiente del Código Civil (V del libro I) conservando la numeración de éste. La nueva denominación del citado título es *De la paternidad y filiación* y comprende tres capítulos, a saber: *De la filiación y sus efectos*, *De la determinación y prueba de la filiación* (Sección 1ª, *Disposiciones generales*, Sección 2ª, *De la determinación de la filiación matrimonial*, Sección 3ª, *De la determinación de la filiación no matrimonial*); *De las acciones de filiación* (Sección 1ª, *Disposiciones generales*, Sección 2ª, *De la reclamación*, Sección 3ª, *De la impugnación*). La ley italiana de 1975 ofrece un método mucho menos claro, pues va reemplazando o derogando expresamente distintos textos del Código de 1942.

En cuanto a los Códigos de Familia, puede ejemplificarse con el método del boliviano y del cubano. El Código de la Familia de Bolivia dedica el Libro II al tema de la filiación con la siguiente distribución: Título 1º, *De los derechos y de los deberes de los*

hijos; capítulo único, *Disposiciones generales*; Título II, *Del establecimiento de la filiación*; Cap. I, *De los hijos de padre y madre casados entre sí*; Sección I, *De las presunciones concernientes a la filiación*; Sección II, *De la prueba de la filiación*; Sección III, *De las acciones sobre filiación*; Cap. II, *De los hijos de padre y madre no casados entre sí*, Sección I, *Del reconocimiento del hijo*; Sección II, *De la posesión de estado*; Sección III, *De la declaración judicial de paternidad y maternidad*; Sección IV, *Del hijo nacido de unión conyugal libre o de hecho*.

El Código de la Familia de Cuba integra el Título II, bajo el acápite *De las relaciones paterno-filiales*, con un capítulo I destinado al reconocimiento de los hijos dividido en tres secciones (del reconocimiento y su inscripción; de la presunción de filiación; de la impugnación del reconocimiento). Los restantes capítulos del Título comprenden las materias de patria potestad y adopción.

La brevísima ley matrimonial china de 1950 constituyó un mínimo Código de Familia. En el capítulo IV (relaciones entre padres e hijos) se ubicó el principio genérico de igualdad de las filiaciones y normas referentes a la determinación de la paternidad.

En el Código de Familia de Checoslovaquia varias normas relativas a la cuestión aparecen dispersas en la II Parte, denominada *Relaciones entre los padres y los hijos*, bajo la idea de la igualdad. En el capítulo 3 (*Determinación de la paternidad*) aparecen distinciones que dependen del matrimonio de los padres.

29. Contenido

En el acervo común del movimiento legislativo se destacan dos aspectos: el derecho de todos los hijos al establecimiento de su filiación y la igualdad de derechos sucesorios con respecto al padre o madre. En otros aspectos se deja ver, sobre todo, la influencia de las situaciones fácticas insuperables que conducen a la diferencia en la determinación del vínculo y en ciertos efectos como el nombre y la guarda del hijo menor de edad; o de criterios del legislador

que niegan derechos a los padres extramatrimoniales o excluyen la vocación hereditaria más allá del primer grado de la línea recta.

30. El principio fundamental

El denominador común de la igualdad de la filiación se presenta reducido a la igualdad de efectos entre padre-madre e hijos (*status filii*). Puede enunciarse como regla general que la filiación produce los mismos efectos prescindiendo de la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción o del nacimiento, en cuanto relación paterno-materno-filial.

El artículo 173 del Código de Familia de Bolivia y el artículo 65 del Código de Familia de Cuba ilustran esta regla general, al menos, conforme a los términos empleados por los respectivos legisladores. Dispone el primero: "Todos los hijos, sin distinción de origen, tienen los mismos derechos y deberes respecto a los padres", y el segundo, "Todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos".

En otras legislaciones la igualdad excede el *status filii* desde la enunciación del principio y se extiende al *status familiae* presentándose ejemplos en comunidades socio-políticas muy dispares. Así, el artículo 15 de la ley matrimonial china de 1950 estableció que los "hijos nacidos fuera del matrimonio gozan de los mismos derechos de los hijos nacidos en matrimonio legal. No está permitido dañarlos o discriminar contra ellos" (obsérvese que no se mencionan deberes de los hijos). En el artículo 97 del Código de Familia de Costa Rica se lee: "Por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto". El segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil español reza: "La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código". La oración final de este texto ya sugiere la possibili-

dad de atenuación de la igualdad en el resto de la legislación. Disfrutan también del *status familiae* todos los hijos en Alemania Federal y en el Código venezolano (art. 234). No así en Austria ni Suiza (art. 324 para la familia materna y art. 325, párr. 1 y 2 para la paterna).

En alguna legislación el principio básico es expresado en términos absolutos pero luego reducido, a veces ampliamente, en sus consecuencias. El artículo 334 del Código Civil francés, proclama que “El hijo natural tiene en general los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y madre” (*status filii*); agrega solemnemente que “entra en la familia de su autor” (*status familiae*) y de inmediato, con una orientación que continúa haciéndose efectiva más adelante, distingue la situación de los hijos adulterinos. Dice, en efecto; “Si al tiempo de la concepción, el padre o la madre estaba vinculado por el vínculo conyugal con otra persona, los derechos del hijo no pueden perjudicar sino en la medida reglada por la ley, los compromisos que, por el hecho del matrimonio, este progenitor haya contraído”. Posteriormente se marcan también diferencias para los hijos de padres incestuosos (art. 334-10).

La fórmula “entra en la familia de su autor” figura en la legislación vigente de Luxemburgo (art. 344-1 C. Civil modificado en 1979).

31. Terminología

La relatividad de la efectiva equiparación entre las filiaciones impide una terminología apta para aludir directamente a la situación jurídica de los progenitores a la concepción o el nacimiento del hijo. La expresión “hijo natural” subsiste en los Países Bajos, el calificativo “ilegítimos” en la ley de Alemania Federal y en la de Austria. Los vocablos “legítimos”, “naturales” e “incestuosos” son empleados en los nuevos textos del Código Civil italiano (*passim*,

la denominación del art. 251 es la de “Reconocimiento del hijo incestuoso”), quedando comprendidos los habidos en adulterio dentro de los naturales según el comienzo del artículo 250 (el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre “aunque si ya unidos en matrimonio con otra persona a la época de la concepción”). En España se legisla sobre la “filiación matrimonial” y “no matrimonial” (*passim*).

Las mencionadas palabras han sido sustituidas por giros de lenguaje con idéntico significado en algunas legislaciones. El Código de Familia de Bolivia (cuyo art. 176 suprime la clasificación de la filiación en legítima, natural e ilegítima y prohíbe el uso de esas expresiones incluso para mencionar a los padres), se refiere a hijos “de padre y madre casados entre sí”, de “padre y madre no casados entre sí” y al hijo “nacido de unión conyugal libre o de hecho” (denominaciones de capítulos y secciones del Título pertinente). El Código de Familia de Costa Rica usa las locuciones “hijos de matrimonio” o “hijos habidos fuera del matrimonio” (Cap. I y Cap. IV del Título II). En el Código Civil francés, que conserva la calificación de “natural”, se recurre a circunloquios para identificar a los hijos fruto de adulterio (último párrafo del art. 334 ya transcripto) y a los incestuosos (cuando existe entre el padre y la madre impedimento por causa de parentesco, art. 334-10).

Los términos “hijo legítimo” e “hijo natural” no figuran en el Código de Familia de Polonia.

32. Emplazamiento en el estado. El reconocimiento del hijo no matrimonial

En las legislaciones más próximas a la unidad de la filiación, el emplazamiento en el estado de hijo con respecto a la madre, esto es, de la filiación materna, resulta del nacimiento (por ejemplo, art. 197 del Código Civil de Venezuela y 252, ap. 1, del suizo), prescindíéndose de que la madre sea o no casada con el otro progenitor. La filiación paterna, siguiendo con las citadas legislaciones, se de-

termina por la presunción de paternidad del marido o por declaración voluntaria del padre o por sentencia (arts. 201 y 210 venezolano y párr. 2 del art. cit. del C. Civil suizo). Esto demuestra claramente que la diferenciación entre hijos de personas casadas o no casadas entre sí resulta ineludible.

En Cuba se distinguen los supuestos de existencia de matrimonio formalizado o reconocido judicialmente entre los progenitores, y de padres no unidos mediante vínculo matrimonial. En el primer caso, la inscripción del nacimiento efectuada por uno solo de los progenitores produce efectos legales con respecto a ambos. En el segundo, se requiere inscripción del nacimiento y reconocimiento por los dos conjunta o separadamente. Se establece la presunción de filiación matrimonial (matrimonialidad) y se prevé un trámite especial para cuando el reconocimiento es efectuado por la madre, mencionando o sin mencionar el nombre del padre, fijándose asimismo las presunciones de paternidad y maternidad no matrimoniales (arts. 66 y ss.).

El Código de Familia boliviano establece las presunciones de concepción durante el matrimonio y de paternidad del marido (arts. 178 y 179). Los hijos de padre y madre no casados entre sí acceden al estado por reconocimiento o por posesión de estado en procedimiento sumario ante el juez instructor de familia (arts. 195 y ss., 205 y su remisión al art. 182). A falta de una de estas dos formas, resta todavía la acción destinada a obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad (art. 206 y ss.). Para determinar el estado de los hijos de unión libre se aplican las normas sobre hijos de padre y madre no casados entre sí (art. 214).

Según los "Fundamentos" soviéticos (art. 16 y art. 48 del Código del Matrimonio y la Familia), "la filiación de un hijo nacido de un matrimonio se comprueba mediante la inscripción del matrimonio de sus padres" (es cuestión de prueba íntimamente ligada a la determinación de la filiación), pero la de un hijo nacido "fuera del matrimonio se establece por la presentación de una declaración

conjunta del padre y de la madre ante los órganos del Estado Civil"; en caso de "un hijo nacido fuera del matrimonio, la paternidad puede, en ausencia de una declaración conjunta de los padres, ser determinada por vía judicial..." Obsérvese que la madre, al reconocer al hijo, está facultada para dar el nombre del padre, pero que éste puede impugnar la declaración dentro del año de haberla conocido o podido conocer (art. 49).

En estas legislaciones y en otras, como las de Alemania occidental y Austria, cualquier hijo extramatrimonial puede acceder al título de estado a través del reconocimiento. Pero no es así en todas, como ejemplifican las que se consideran a continuación.

El Código Civil francés conserva el sistema tradicional básico en cuanto a la filiación legítima. El emplazamiento en la filiación natural resulta del reconocimiento o de la acción de investigación de la paternidad o maternidad o puede derivar de un fallo en consecuencia de una acción de desconocimiento o de contestación de legitimidad. El artículo 334-10 impone una importante limitación al sujeto pasivo del reconocimiento: "Si existe entre el padre y la madre del hijo uno de los impedimentos para el matrimonio previsto en los artículos 161 y 162 por causa de parentesco, y se ha establecido la filiación con respecto a uno de ellos, queda prohibido establecerla con respecto al otro" (los artículos citados contemplan el impedimento entre padre y madre y hermano y hermana). La crítica es favorable a esta distinción, a pesar de que reduce notablemente la equiparación de las filiaciones, por intereses sociales, para ahorrar al hijo la revelación oficial de un origen que su interés obliga, si es posible, a mantener en silencio e igualmente por las consecuencias absurdas que el establecimiento de la doble filiación comportaría en materia sucesoria⁽⁴⁸⁾.

La nueva legislación italiana introduce algunas modificaciones en materia de presunción de paternidad legítima (arts. 232, 233,

(48) MASSIP, Jacques, *La réforme de la filiation*, Paris, 1972. Nº 34 *in fine*; COLOMBET, *op. cit.*, Nº 148.

234). La filiación natural se determina mediante el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad o maternidad (arts. 250 y 269 y correlativos). Los hijos incestuosos no pueden ser reconocidos salvo excepción. En efecto, el artículo 251 dispone: "Los hijos nacidos de personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco así sea solo natural, en línea recta al infinito o en línea colateral en el segundo grado, o un vínculo de afinidad en línea recta, no pueden ser reconocidos por sus progenitores, salvo que éstos al tiempo de la concepción ignorasen el vínculo existente entre ellos o que haya sido declarado nulo el matrimonio del cual derivaba la afinidad. Cuando uno solo de los progenitores haya sido de buena fe, el reconocimiento puede ser efectuado por éste. El reconocimiento será autorizado por el juez teniendo en cuenta el interés del hijo y la necesidad de evitarle cualquier perjuicio". La intervención judicial se considera como aprobación del mismo más bien que autorización para efectuarlo, opera como un requisito de su eficacia negocial considerando, en particular, el reconocimiento en testamento que sólo quedará perfeccionado a la muerte del testador o sea, antes de la intervención judicial (49).

Según el Código Civil español, la filiación "matrimonial" queda determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres y por sentencia firme. La no matrimonial, por reconocimiento, resolución administrativa o sentencia firme. Para la madre, también cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento efectuada dentro del plazo legal. La situación de los hijos incestuosos es particular pues en el artículo 125 se dispone que "si los progenitores del menor o incapaz fueron hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada la filiación respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando con-

(49) CARRARO, LU'GI, en CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, *Commentario alla riforma diritto di famiglia*; Padua, 1977, t. I, com. al art. 251, Nº 4.

venga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido". Obsérvese que la restricción al emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial del nacido de una relación incestuosa solamente opera durante su minoridad o pendiente su incapacidad. La norma ha recibido críticas doctrinarias por inadecuada a la realidad social española e incompatible con la protección constitucional de la familia al permitir que salga a la luz un hecho apto para destruirla públicamente y que se ha forjado dentro de su propio seno ⁽⁵⁰⁾.

En los Países Bajos, la relación del hijo natural, categoría en que están incluidos los adulterinos e incestuosos, con su madre, queda establecida por el nacimiento (art. 221), pero "adquiere por reconocimiento el estado de hijo natural de su padre" (art. 221, párr. 1, *in fine*). Se dice también expresamente que "por padre de un hijo natural, se entiende a aquel que ha reconocido al hijo" (art. 221, párr. 2). No hay acción de reclamación de filiación natural, la que en la legislación sustituida se confería cuando el padre era culpable de ciertos crímenes como violación o rapto. Los hijos incestuosos no pueden ser reconocidos (art. 224-1-a). Tampoco el adulterino mientras subsiste el matrimonio durante el cual fue concebido (224-1-b) ⁽⁵¹⁾.

33. Las acciones de filiación

a) *Consideraciones generales*

No es sencillo encarar un auténtico estudio de Derecho Comparado por las diferencias existentes entre las distintas legislaciones, en un complejo y diversificado panorama. Por ello es útil iniciarlo

⁽⁵⁰⁾ CÁMARA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 63/64.

⁽⁵¹⁾ Sobre el derecho de los Países Bajos, ver PIRET, Michele, *Les enfants illégitimes aux Pays-Bas*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Nº 70-1972, p. 68 y ss.

con la reproducción de un derecho positivo *in extenso*, habiéndose elegido el Código Civil español porque fue fuente preferida por el legislador argentino.

b) *Las acciones de filiación en el Código Civil español*

El Código Civil español dedica a las acciones de filiación el conjunto de artículos que abarca del 127 al 141, del siguiente tenor:

CAPÍTULO III

DE LAS ACCIONES DE FILIACION

Sección Primera

Disposiciones generales

127. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

128. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior.

129. Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

130. A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.

Sección Segunda

De la reclamación

131. Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada.

132. A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

133. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

134. El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

135. Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

Sección Tercera

De la impugnación

136. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

137. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

138. Los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atenderá a las normas contenidas en esta sección.

139. La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.

140. Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.

141. La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

Se ha observado que, formalmente, el Código español sólo separa la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial y no matrimonial mientras que la reclamación de la filiación se enfoca en común, con una sola norma específica para la matrimonial que es la del artículo 132. En la reclamación de la filiación extramatrimonial se juzga excesivo conceder la acción a cualquier persona con interés legítimo mediando posesión de estado (art. 131), propiciándose la interpretación restrictiva del precepto. Por otra parte, parece exageradamente limitado que sólo el hijo esté legitimado para accionar a falta de la mentada posesión (ar. 133), de manera que implícitamente carecen de personería el padre y la madre, cuya facultad de reconocer puede tropezar con inconvenientes. En términos generales, los primeros aportes doctrinarios al análisis de la nueva legislación se muestran inclinados a señalar dificultades en su futura aplicación⁽⁵²⁾ por lo que se está a la espera de la solución jurisprudencial de los casos concretos.

Otros aspectos de la legislación española recibieron apoyo desde el proyecto. Así el segundo párrafo del artículo 127, aplicable

(52) CÁMARA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 58 y ss. y p. 79 y ss.

a todas las acciones y, por lo tanto, también a las de reclamación, según el cual la demanda debe acompañarse de un principio de prueba o será rechazada por el juez, para evitar los riesgos de procesos promovidos desaprensivamente cuando no con fines de extorsión. El principio, ha sido practicado aun al margen de precepto expreso, por la jurisprudencia suiza en particular y consagrado en el Código de Etiopía de 1960. Igualmente ha sido bien recibida la norma del artículo 128 que provee a la protección del afectado por un proceso de impugnación en trámite o al actor en una acción de reclamación ⁽⁵³⁾.

c) *Distinción entre las acciones relativas a la filiación matrimonial y extramatrimonial*

El Código boliviano de Familia distingue entre las acciones de filiación de hijos de personas casadas y no casadas entre sí, conforme a su estructura de la materia. También lo hacen la legislación italiana de 1975, la suiza actual. No hay distinción externamente clara en el Código venezolano pero resulta de la confrontación de los textos. En el Código de Familia de Costa Rica la impugnación de la paternidad de los hijos de matrimonio se trata en el capítulo respectivo (arts. 72 a 74) y la de éstos para vindicar el estado que les pertenece, en el mismo lugar (arts. 76 a 78), mientras que la *Declaración de Paternidad y Maternidad* ocupa el capítulo V. En el ordenamiento de estas cuestiones es constatable la imposibilidad de eliminar todas las diferencias entre las filiaciones.

El Código de Familia cubano trata muy brevemente de las acciones de reclamación de reconocimiento (art. 77) y de impugnación del reconocimiento (arts. 78 a 81), abarcando, en comunes textos, a los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Ofrece uno de los ejemplos de tratamiento más unitario del tema.

El extremo opuesto es ocupado por el Código francés, que,

(53) RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, § 2.

pese a incluir un conjunto de disposiciones comunes a todas las acciones relativas a la filiación, analiza después por separado, la reclamación y la impugnación de la filiación legítima, por un lado, y las acciones de investigación de paternidad y maternidad naturales por otro.

d) *Las acciones de reclamación de estado*

La correspondiente a la filiación no matrimonial está organizada con toda amplitud en el derecho venezolano que reconoce la legitimación de cualquier persona para reclamar la filiación paterna o materna.

Durante la minoridad, el hijo podrá intentarlo por su representante legal o, en su defecto, por el Ministerio Público, los organismos públicos encargados de la protección del menor, por el progenitor con respecto al cual la filiación esté establecida y por los ascendientes del mismo. La acción es exclusiva del hijo después de haber alcanzado la mayoría de edad o haber contraído matrimonio. A su vez, los herederos del hijo que ha muerto sin reclamar su filiación sólo pueden intentar la acción contra los herederos del progenitor en caso de que el hijo haya muerto siendo menor o dentro de los dos años subsiguientes a la mayoría. Las acciones de inquisición de la paternidad o maternidad son imprescriptibles frente al padre o a la madre. La acción contra los herederos de ellos puede intentarse dentro de los cinco años siguientes a su muerte (arts. 226 a 229).

El Código boliviano de Familia considera la reclamación de la filiación de padres casados entre sí en el artículo 191, estableciendo que dura toda la vida del hijo. Sus herederos pueden intentarla si muere sin haberla entablado, salvo que falleciera durante su minoridad o en los dos años siguientes a la finalización de ésta, y sólo por el término de dos años. La acción iniciada por el hijo puede ser continuada por los herederos si no media desistimiento

o caducidad de la instancia. Con respecto a los hijos de personas no casadas entre sí, se establece: "Si no hay reconocimiento ni posesión de estado, puede demandarse el establecimiento de la filiación por declaración judicial de paternidad. La acción sólo procede en vida del pretendido padre y corresponde al hijo o a quien lo represente y a sus herederos, conforme a las previsiones del artículo 191, pudiendo también intervenir el organismo administrativo protector de menores. Sin embargo, el hijo póstumo o el que por ignorancia, engaño o por causa de fuerza mayor, no hubiese reclamado oportunamente su filiación, podrá dirigir su acción contra los herederos del pretendido padre, siempre que no hayan transcurrido dos años desde la muerte de este último. La demanda se interpone ante el juez de partido familiar del domicilio del demandado y se tramita por la vía ordinaria de hecho. La improcedencia de la acción puede plantearse como excepción de previo y especial pronunciamiento que se resolverá mediante auto motivado" (art. 206).

Con cierta similitud con el régimen francés, la investigación de la paternidad fuera del matrimonio solamente se concede en ciertos casos: los de raptó o violación de la madre, de seducción con promesa de matrimonio u otra maniobra dolosa o fraudulenta, coincidentes con el período de la concepción, hipótesis en que la sentencia en la acción penal en cuyo trámite se hubiera comprobado la paternidad establece por sí sola la filiación; aquel en que se demuestre que el señalado como padre tuvo, de otra manera, relaciones sexuales o de ayuntamiento carnal con la madre en dicha época y se acredite la identidad del nacido con la persona cuya filiación se investiga.

La investigación de la paternidad es libre en Suiza, abierta sin restricciones a la madre y al hijo. El actor sólo tiene que demostrar que el pretendido padre ha cohabitado con la madre en el período de la concepción (art. 262). Los términos no son estrictos siendo admitida la demostración de una duración distinta del

embarazo. La prueba de la cohabitación genera la presunción de paternidad.

Los sujetos de la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial están claramente determinados en el Código Civil austriaco: el hijo, sus herederos, el autor del reconocimiento declarado nulo, el Estado a través del funcionario correspondiente (procurador). Sujetos pasivos son el padre y sus herederos (arts. 163 y 164).

Para el derecho italiano, la paternidad y la maternidad no matrimoniales pueden ser declaradas judicialmente en los mismos casos en que procede el reconocimiento, probándose por todos los medios, pero sólo cuando concurren circunstancias específicas que la hacen parecer justificada. La demostración de la maternidad exige la prueba de la identidad del actor y del nacido de la pretensa madre. La sola declaración de ésta y la sola existencia de relaciones entre la madre y el pretense padre a la época de la concepción no constituyen prueba de la paternidad natural (arts. 269 y 274). Son sujetos activos el hijo, cuya acción es imprescriptible, sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos, después de la muerte de aquél y hasta los dos años del deceso (art. 270). Si el hijo es menor o está interdicto, la acción puede ser entablada por el progenitor que ejerce la potestad o el tutor, este último con autorización judicial, procediendo la designación de un curador especial si el tribunal lo considera conveniente. El consentimiento del hijo es necesario cuando cuenta con más de 16 años (art. 273). No se admite la investigación en la paternidad incestuosa en los supuestos en que está vedado su reconocimiento salvo cuando ha mediado raptó o violencia carnal a la época de la concepción (art. 278).

La amplitud de la acción de investigación está inspirada en un fin humanitario por agilizar la obtención de un *status* familiar a favor de los hijos naturales, pero suscita un problema de oportunidad y otro constitucional. El primero surge de la experiencia de

posibles extorsiones, sobre todo en ausencia de un sistema seguro de demostración; los recaudos constitucionales han querido resolverse con los requisitos de admisibilidad de la acción⁽⁵⁴⁾.

En el sistema francés, el hijo que carece de título y de posesión de estado de legítimo, que ha sido inscripto bajo falsos nombres o sin indicación del nombre de la madre, puede proceder contenciosamente para hacer constatar su filiación materna y, consecuentemente, la paterna en virtud de la presunción de paternidad. Se acepta la prueba de testigos cuando hay un comienzo de prueba por escrito o presunciones lo suficientemente graves como para justificar su admisión (art. 323). El actor es normalmente el hijo mismo (la ley no lo menciona expresamente) pero el artículo 328 dispone que los esposos, por separado o conjuntamente, pueden reclamar a un hijo como suyo aportando la prueba correspondiente previa demostración de la inexactitud de la filiación que ya estuviera establecida, en su caso⁽⁵⁵⁾.

En cuanto a la investigación de la filiación natural, se ha opinado que el tema aparece en la ley francesa de 1972 como un "islot de conservadorismo", indiscutiblemente procedente para la maternidad pero atenuada en lo que concierne a la paternidad⁽⁵⁶⁾. En efecto, la filiación fuera del matrimonio puede ser declarada: en caso de raptó o violación a la época de la concepción; en caso de seducción con ayuda de maniobras dolosas, promesa de matrimonio o esponsales; cuando existan cartas u otro escrito emanados del pretense padre, adecuados para establecer la filiación en forma inequívoca; cuando el pretendido padre y la madre hayan sido concubinos en la época de la concepción, entendiéndose por concubinato, a falta de comunidad de vida, las relaciones estables y continuas; cuando el pretense padre haya provisto o participado en la provisión del sostenimiento del hijo, su educación o su establecimien-

(54) DE CUPIS, Adriano, comentario al artículo 113, en CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 697.

(55) COLOMBET, *op. cit.*, Nros. 132 y 133.

(56) *Idem*, N^o 190.

to actuando en calidad de padre (art. 340). Por el contrario, la acción no es admitida: si durante el período de la concepción, se demuestra la inconducta notoria de la madre o sus relaciones con otro individuo, a menos que resulte de la prueba hematológica u otra de carácter médico, que dicho individuo no puede ser el padre; si el pretendido padre, en la misma época, se hubiera encontrado en la imposibilidad física de ser el padre por su alejamiento o a resultas de un accidente; si el demandado demuestra por la prueba hematológica u otra médica cierta que no puede ser el padre del hijo (art. 340-1).

La acción tiene por único titular al hijo. Si es menor de edad, sólo puede ser ejercida por la madre, aun menor, o en los supuestos de desconocimiento de la misma, su muerte o su imposibilidad de expresar su voluntad, por su tutor autorizado por el consejo de familia (art. 340-2) ⁽⁵⁷⁾. Son sujetos pasivos el padre y sus herederos. En el caso de renuncia de los herederos, el Estado (art. 340-3). La caducidad de la acción se produce a los dos años del nacimiento, en general, o a los dos años de la cesación del concubinato o de la participación en el sostenimiento y educación del hijo o a los dos años de que éste haya llegado a la mayoría de edad (art. 340-4).

La investigación de la maternidad natural no reconoce límites. El artículo 341 expresa simplemente, en su primera oración, que "la investigación de la maternidad está admitida". Es titular de la acción el hijo que debe probar la identidad entre su persona y la del nacido de la mujer, lo que puede lograr demostrando la posesión de estado de hijo natural. En su defecto, puede ofrecer testigos si existen presunciones graves a su favor o un comienzo de prueba por escrito (art. 341).

En la legislación soviética vigente, la concepción modificatoria de la legislación anterior culmina una evolución en sentido opuesto

(57) *Idem*, N° 208.

a la igualdad de las filiaciones, una de cuyas etapas fue el restablecimiento práctico de la categoría social de los hijos ilegítimos a unos veinticinco años del comienzo del régimen soviético. La acción de reclamación de la paternidad fuera del matrimonio ha sido readmitida en la legislación soviética con restricciones, "el tribunal considerará el hecho de que la madre y el demandado hayan vivido y tenido un hogar común antes del nacimiento del niño, que hayan educado o alimentado conjuntamente al niño, o conforme a pruebas dignas de fe que acrediten el reconocimiento de la paternidad por el demandado". Los juristas soviéticos destacan que la ley exonera por anticipado de responsabilidad a los hombres casados que, por tener otro hogar, no conviven con la madre y también a los solteros si falta dicha convivencia, suponiendo que se abstendrán de intervenir en la sustentación y educación del hijo para no preconstituir prueba en su contra. Por otra parte, quedaría casi excluido de la posibilidad de reclamar su filiación, el hijo de relaciones ocasionales. Se han formulado críticas a una diferenciación que si bien puede desalentar las relaciones extra-matrimoniales, hace recaer sus consecuencias sobre la mujer, en desmedro de la igualdad jurídica de los sexos (58).

e) *Las acciones de impugnación*

Cabe distinguir entre la impugnación de la paternidad o maternidad legítimas o matrimoniales y la impugnación del reconocimiento.

f) *Impugnación de la paternidad de los hijos concebidos durante el matrimonio*

f.1. *Sistemas*. Los distintos sistemas legislativos en orden a la impugnación de la paternidad matrimonial han sido estudiados,

(58) BALSELLS, *op. y loc. cit.*

entre otros, por Rivero Hernández (⁵⁹) y, en doctrina argentina, por Cecilia Grosman (⁶⁰). Circunscribiendo los importantes datos que ofrecen a los de las más recientes legislaciones e incorporando las posteriores a sus respectivos trabajos, la ubicación de los diferentes países puede esquematizarse alrededor de los sistemas negativo, abierto, cerrado y cerradísimo. A la inversa de lo que podría pensarse, el sistema negativo resulta amplísimo en la práctica, por cuanto al prescindir de norma sobre la impugnación de la paternidad legítima, la acción no se encuentra limitada por supuestos legalmente establecidos y admite todas las pruebas. El sistema abierto, enseña Rivero Hernández, "es el de las legislaciones que establecen que el hijo es ilegítimo cuando se prueba que el marido no es o no podría ser el padre, o que es manifiestamente imposible que sea padre del hijo impugnado. Las expresiones legales son varias; el sentido es el mismo: deberá demostrarse la no paternidad del marido, su imposibilidad de ser progenitor del hijo. No hay restricción de casos ni limitación de medios de prueba; interesa demostrar la verdad biológica" (⁶¹).

Pero el régimen es realmente abierto cuando no sólo se prescinde de hipótesis de impugnación sino cuando, además, el ejercicio de la acción no reconoce limitaciones con tal que se esgrima un interés en intentarla. Responde a una concepción individualista que priva sobre lo social (⁶²).

En el sistema cerrado, la ley señala los casos en que procede la impugnación, precisando sus elementos constitutivos que deberán ser necesariamente demostrados. Por fin, el sistema "cerradísimo" reduce las hipótesis de impugnación a una sola, ejemplificada por el Código español derogado que sólo admitía la imposibilidad

(⁵⁹) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, cap. VII.

(⁶⁰) GROSMAN, Cecilia P., *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Buenos Aires, 1982, cap. VIII y ss.

(⁶¹) RIVERO HERNÁNDEZ, *Presunción* cit., Nº 158, b).

(⁶²) MAZZINGHI, *op. cit.*, Nº 511.

física de relaciones matrimoniales durante la época de la concepción (⁶³). En verdad, la calificación de cerradísimo correspondería al sistema en que la presunción de paternidad matrimonial estuviera impuesta *iure et de iure*. Mazzinghi estima que concierne a una concepción colectivista de la familia, que impone cualquier sacrificio por el bien de la comunidad exigiendo asumir como verdaderos ciertos hechos aunque se tenga la evidencia de su falsedad (⁶⁴).

En el sistema negativo corresponde calificar al *common-law* inglés y americano, al Código de Familia de Rusia soviética y al Código Civil español de 1889. El giro dado por la legislación española es el más espectacular. Del sistema “cerradísimo” ha pasado al más liberal y abierto “en el que no se indica (aunque se adivina), ni el objeto a probar, ni los medios probatorios, ni otra cosa, salvo las personas legitimadas y el plazo de ejercicio de la acción: se trata, sencillamente, de demostrar la no paternidad del marido sin limitación objetiva ni probatoria alguna” (⁶⁵).

El sistema abierto (vigente en la legislación argentina actual) es el del Código Civil alemán (“...si según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra del marido”, parágr. 1591), del suizo (“...si prueba que él no podría ser el padre”, art. 254), del de Polonia (“...si aparece imposible que el marido pueda ser el padre”, art. 49); del de Austria (“...la presunción de paternidad del marido puede caer si se prueba que el hijo no ha sido engendrado por aquél”, art. 138); del francés (“...si justifica hechos adecuados para demostrar que no puede ser el padre”, art. 312); del de Bolivia (“...el marido debe demostrar por todos los medios que no puede ser el padre”, art. 187); del húngaro, del danés, del de Vietnam del Sur, del etíope, del cubano (“La impugnación sólo podrá fundarse en

(⁶³) RIVERO HERNÁNDEZ, *Presunción* cit., Nº 158, d).

(⁶⁴) MAZZINGHI, *op. y loc.* últimamente cit.

(⁶⁵) RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación* cit., parágr. 9.

la imposibilidad de los cónyuges de haber procreado al hijo”, art. 78 *in fine*).

Reconociendo que es muy difícil encuadrar las fórmulas legales del sistema cerrado en márgenes estrictos, es aquí donde se ubica el Código de la Familia de Costa Rica que dispone en su artículo 70 la admisibilidad de “la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo...” Grosman, acota al respecto: “Ambos factores —no cohabitación o no fecundidad—, son suficientes para abarcar todas las hipótesis de imposibilidad: ausencia, separación, impotencia *coendi*, impotencia *generandi*, entendiéndose implícitamente que la falta de relaciones sexuales o la infecundidad de las mismas puede demostrarse por incompatibilidad sanguínea. Esta facultad surge en forma expresa del artículo 98, donde se acepta la prueba de los grupos sanguíneos u otros marcadores genéticos para demostrar la no paternidad. El artículo 70, segunda parte, agrega que «el adulterio no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo, pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad». Esta regla es, en rigor, necesaria, pues puede subsumirse dentro del concepto de *ausencia de cohabitación fecunda*, a la cual se refiere la primera parte del precepto” (66).

Análogamente cuadra la calificación de cerrado al régimen venezolano, según lo dispuesto en su artículo 201: “el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél, o que en ese mismo período vivía separado de ella”, al observar que, a su vez, el artículo 204 establece: “El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente” y que el artículo 205 dispone: “El marido tampoco puede desconocer al hijo, alegando y

(66) GROSMAN, *op. cit.*, § 40.

probando el adulterio de la mujer, a no ser que este hecho haya ocurrido dentro del período de la concepción y el marido pruebe, además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímelmente concurren a excluir su paternidad" (66-1).

El Código italiano puntualiza los supuestos durante la época de la concepción, de falta de cohabitación de los cónyuges, de impotencia *coendi* o *generandi* del marido y de adulterio de la esposa; además, el de ocultación de la gravidez o del nacimiento del hijo (independiente del adulterio). En estos tres últimos casos, "el marido está admitido a probar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con las del presunto padre, o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad" (art. 235).

f.2. *Sujetos*. Son sujetos activos de la acción de impugnación, siempre el marido, pero, además, otros interesados primarios, el hijo y la madre, al menos en ciertos supuestos particulares, ya sea por disposición expresa o como consecuencia de otras determinaciones. Por ejemplo, a la legitimación del marido del artículo 312 francés, se agrega la legitimación de la madre para contestar la paternidad del marido con la finalidad de su legitimación cuando contraiga nuevo matrimonio con el verdadero padre del hijo (art. 318) y se acepta doctrinariamente, en virtud de alguna jurisprudencia orientadora al respecto, y a pesar de las reservas que acompañan a la interpretación a contrario del artículo 334-9, que, al disponer éste la nulidad del reconocimiento y la no receptibilidad de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial con respecto a un hijo que goza de una filiación legítima establecida por la posesión de estado, cabe la procedencia de la intervención de cualquier interesado directo para que se determine la verdadera filiación cuando dicha posesión no existe. Estos interesados serían el auténtico progenitor, la madre, el hijo y sus herederos, los herederos del marido (67). Los herederos del marido son hábiles

(66-1) Es similar el sistema peruano (arts. 363 a 366).

(67) COLOMBET, *op. cit.*, Nº 164, 4; GROSMAN, *op. cit.*, § 76.

para accionar si el marido muere antes de la caducidad de su acción, por un término breve (art. 316-1).

Según el último párrafo del artículo 235 italiano, la acción puede también ser entablada por la madre y por el hijo mayor de edad en todos los casos en que el padre puede accionar. Se transmite a los herederos del padre que murió dentro del término para accionar, en ciertos casos (art. 246). En derecho suizo la acción de impugnación corresponde al marido y al hijo, pero para éste el derecho de accionar está subordinado a la condición de que la vida en común de los padres haya cesado durante su minoridad (art. 256), precisándose que no bastaría con una suspensión temporaria de aquélla (68).

En el Código de Familia de Costa Rica, la legitimación procesal es del marido (art. 72). Como la presunción de paternidad matrimonial por el nacimiento posterior a los 300 días de la separación de hecho sólo opera cuando no hay posesión de estado con respecto al marido, se requiere juicio para establecerlo, y ello, que implica desplazar la paternidad matrimonial, puede ser promovido por la madre o el hijo por sí mismo o por su representante (art. 71). Grosman explica que, entonces, cabe el reconocimiento de hijo de una mujer casada y que si el marido se opone en el trámite judicial en que el pretendido reconociente solicita la autorización para el reconocimiento, el verdadero padre puede discutir la paternidad del marido (69). Una situación análoga se presenta en Bolivia por el juego de los artículos 187 y 200.

En Venezuela, es sujeto activo el marido y sus herederos son admitidos a accionar si aquél ha muerto dentro del término de caducidad, a su vez, durante un breve lapso (art. 207).

El artículo 78 del Código de Familia de Cuba dispone que la impugnación corresponde a aquel de los cónyuges que no haya concurrido a la inscripción del nacimiento (art. 78), pero puede

(68) FLATET, *op. cit.*, p. 679.

(69) GROSMAN, *op. cit.*, § 76.

interpretarse que el artículo 80 cubre también la filiación matrimonial y, según el mismo, el hijo puede impugnar la paternidad dentro del año siguiente a la fecha en que arribe a la mayoría de edad (el título comprensivo de los dos artículos se denomina *De la impugnación del reconocimiento* y, como se ha visto, el primer artículo citado se refiere explícitamente a progenitores casados entre sí).

En derecho alemán están legitimados el marido y el hijo, éste en una serie de supuestos que se prevén en el párrafo 1596.

Algunas legislaciones especifican el sujeto pasivo: se dirige en presencia de la madre, contra un tutor ad-hoc designado por el juez de tutelas, en derecho francés (art. 317) y contra el marido y sus herederos en el supuesto en que puede ejercerla la madre (art. 318-1); el artículo 247 italiano prescribe el consorcio pasivo necesario del presunto padre, la madre y el hijo, proveyéndose a la representación de las partes menores o interdictas, a la suplencia de los premuertos y el caso de intervención de emancipados o inhabilitados; la acción se entabla contra el hijo y la madre, pudiendo nombrarse curador al primero si es necesario, en Bolivia (art. 189).

g) *Impugnación de la paternidad de los hijos nacidos dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio*

Los preceptos de las distintas legislaciones extranjeras son análogos a los de la argentina antes y después de la ley 23.264 (art. 185 boliviano, art. 202 venezolano). Está simplificada en el derecho suizo con respecto a la del hijo concebido durante el matrimonio (art. 256, b). En el Código francés, armónicamente con la reputación de legítimo, la impugnación procede a igual que para éstos pero admitiéndose el desconocimiento por la sola prueba de la fecha del nacimiento, salvo las excepciones que son comunes a la generalidad de las legislaciones (art. 314 y su remisión al 312).

Los hijos en cuestión también son legítimos en Italia, "si uno de los cónyuges, o el mismo hijo, no desconocen la paternidad" (art. 233).

h) *Impugnación del reconocimiento*

En el derecho positivo extranjero figura como regla común la legitimación activa de todos los que tengan un interés legítimo al respecto, incluyéndose, en algunos expresamente, al hijo (art. 204 boliviano, 221 *in fine* venezolano, 86 costarricense, 399 peruano).

El Código suizo, dentro de la personería de los interesados, menciona en forma expresa a la madre del hijo, sus descendientes después de su muerte, su comuna de origen y la comuna del domicilio del reconociente. El reconociente está legitimado si obró bajo la influencia de un temor fundado o del error (desconoció que la madre había cohabitado con un tercero durante la época de la concepción). Los sujetos pasivos de la acción son el autor del reconocimiento y el hijo, cuando no sean los actores. Ha de probarse que el reconociente no es el padre del hijo; la madre está exenta de la obligación de esta prueba a menos que el reconociente demuestre que es verosímil que ha cohabitado con ella en la época de la concepción ⁽⁷⁰⁾.

El Código francés enumera al autor del reconocimiento, al Ministerio Público si de los actos mismos se desprenden índices que hacen inverosímil la filiación declarada, al otro progenitor, al hijo y a quienes se dicen sus verdaderos progenitores si media posesión de estado acorde al reconocimiento por más de diez años posteriores al mismo (art. 339).

En Italia no ha sido modificado el artículo 263 del Código de 1942: "El reconocimiento puede ser impugnado por defecto de veracidad por el autor del reconocimiento, por aquel que ha sido

(70) FLATET, *op. cit.*, II.

reconocido y por cualquiera que tenga interés en ello. La impugnación se admite aun después de la legitimación. La acción es imprescriptible". Sí ha sido sustituido el artículo 264: en la actualidad el reconocido, durante su minoridad y el reconocido interdicto, carecen de legitimación para impugnar el reconocimiento, salvo autorización judicial, a solicitud del Ministerio Público, del tutor o del otro progenitor reconociente, nombrándose curador especial al impugnante.

En Austria, el único admitido a impugnar el reconocimiento es el mismo reconociente salvo que exista posesión de estado del hijo. Las causales invocables son los vicios de la voluntad o la existencia de circunstancias que hagan inverosímil la paternidad y que ignoraba al efectuar el reconocimiento.

El Código Civil alemán admite la contestación del reconocimiento en beneficio de la madre y del hijo (§ 1600, g) y asimismo su ejercicio por el reconociente con las observaciones recién formuladas para la legislación austriaca. El actor sólo debe demostrar el vicio de la voluntad a menos que haya habido cohabitación durante la época de la concepción en cuyo caso deberá probar que no es el padre. Esto último es, por supuesto, lo que deben demostrar los otros sujetos activos de la acción. Prescribe al año del conocimiento de las circunstancias obstativas, para el autor; al año de tener conocimiento del reconocimiento para la madre y a los dos años de idéntico hecho o de enterarse de las circunstancias, para el hijo.

34. Nacionalidad. Droit de cité

Las legislaciones de países que siguen el sistema del *ius sanguinis* para determinar la nacionalidad de sus súbditos, prevén tanto la de los hijos matrimoniales como la de los extramatrimoniales de filiación paterna no establecida. En Alemania, el hijo de vínculo

sólo establecido con respecto a la madre adquiere la nacionalidad de ésta si es ciudadana alemana. El régimen es idéntico en Austria.

En Suiza se dispone sobre el *droit de cité*, que consiste en la vinculación legal de todo ciudadano helvético con una comuna, distinto, por lo tanto, de la nacionalidad. El *droit de cité* de un hijo nacido de matrimonio, es el de su padre. La doctrina observa que esta solución obliga a optar entre el padre y la madre viendo en ello una afectación de la igualdad jurídica de los esposos ⁽⁷¹⁾. El hijo de mujer no casada con el otro progenitor, adquiere el *droit de cité* de la madre, pero si es confiado al padre que ejercerá la autoridad parental, adquiere el *droit* de éste si toma su nombre (art. 271, párr. 3).

35. Nombre

El derecho de todos los hijos a llevar el apellido de sus progenitores tiene consagración legal, por ejemplo, en Bolivia (art. 174, 1º del Código de Familia) pero en la mayoría de las legislaciones se han tomado medidas adecuadas para resolver la situación de los hijos extramatrimoniales de filiación establecida sólo con respecto a la madre o en aquellos supuestos en que ambas filiaciones están determinadas pero en fechas sucesivas.

En Francia, el hijo natural adquiere el apellido de aquel de sus dos progenitores con respecto al cual la filiación se estableció primero en el tiempo y el del padre si la filiación se estableció simultáneamente con respecto a ambos. No obstante que la filiación haya sido establecida en segundo lugar con respecto al padre, el hijo podrá llevar el apellido paterno si, durante su minoridad, los dos progenitores así lo declaran conjuntamente ante el juez de tutelas, requiriéndose el consentimiento del hijo si es mayor de quince años. En cualquier otro caso, el cambio de apellido puede

(71) *Idem*, I.

ser solicitado al tribunal de apelación durante la minoridad del hijo o durante los dos primeros años que sigan a su mayoría o a una modificación de su estado. La sustitución de nombre alcanza a los hijos menores del interesado de pleno derecho, y a los mayores sólo con su consentimiento. No estando establecida la filiación paterna, el marido de la madre está habilitado para conferir, por sustitución, su propio apellido al hijo mediante una declaración conjunta con la madre ante el juez de tutelas, con derecho del hijo a solicitar al tribunal de apelación que le sea restituido su apellido anterior en un término de dos años posteriores a su minoridad. Las reglas mencionadas no perjudican en materia de posesión de estado (arts. 334, 1, 2, 3, 4, 5, 6).

Se inició la ejemplificación por el derecho francés por el cuidadoso detalle con que ha sido previsto el problema del apellido del hijo extramatrimonial. Un análisis también muy detenido se observa en otras legislaciones que, en armonía con la no distinción inicial de las filiaciones, regulan el nombre del hijo matrimonial y el del extramatrimonial en un mismo texto. Por ejemplo el artículo 73 del Código de Familia de Cuba dispone: "Corresponderá a los hijos, como primer apellido, el primero del padre; como segundo, el primero de la madre. Si en la inscripción del nacimiento del hijo habido fuera de la situación prevista en el artículo 66 (matrimonio formalizado o reconocido judicialmente) constare el nombre de uno solo de los padres, le corresponderá usar los dos apellidos de éste o repetido el único que tuviera".

En Alemania Federal, los contrayentes pueden, al momento de la celebración del matrimonio, establecer el nombre común declarándolo ante el oficial del estado civil (*Ehename*) que será el nombre distintivo del grupo familiar (*Familiennname*) y que es, por lo tanto, automáticamente atribuido a los hijos del matrimonio. El hijo natural lleva el nombre de la madre al momento del nacimiento, de soltera si lo es o el nombre de familia de la misma que le corresponde por haber contraído matrimonio. Por la insti-

tución del *Einbenennung* el marido de la madre o el padre natural pueden dar su nombre al hijo de la madre o al propio hijo. En el primer caso, el nombre del hijo natural será el de matrimonio de la madre y su marido, en el segundo, el nombre de familia del padre (⁷²).

En Venezuela, el primer apellido del padre y el primero de la madre forman, en ese orden, el apellido de los hijos. El concebido y nacido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida con respecto a ambos progenitores tomará los apellidos de éstos en el mismo orden. Si la filiación sólo ha sido determinada con respecto a uno de los progenitores, el hijo tiene derecho a llevar los apellidos de éste, si el progenitor tuviere un solo apellido, tiene derecho a repetirlo (arts. 235 y 238). Se prevé el cambio de apellido si la filiación ha sido establecida con posterioridad a la partida de nacimiento o durante la minoridad del hijo (arts. 236, 237).

Según el vigente Código del Matrimonio y de la Familia ruso, el hijo de madre soltera lleva el nombre de la madre.

En Suiza, el hijo de padres casados entre sí lleva el nombre del padre. El hijo de madre que no está casada con el otro progenitor lleva el nombre de familia de la madre. No se distingue según que la filiación del hijo haya sido establecida con respecto al padre y a la madre o sólo con respecto a la madre. Hay que tener en cuenta que la filiación materna se reputa siempre determinada. Obsérvese también que se le da el nombre de familia de la madre no el nombre de soltera de la misma. Destaca Flatet que el interés del marido o de los parientes de éste se deja de lado en beneficio del hijo, expresando el deseo del legislador de que lleve el mismo nombre de la persona que lo cría, generalmente la madre (⁷³).

(⁷²) Ver POGGI REBER, M. T. y TORTORICI, F., *Sull'ultima riforma del diritto di Famiglia in Germania*, en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, I-1978, p. 324 y ss., en p. 329.

(⁷³) FLATET, *op. cit.*, II.

Es muy original el régimen checoslovaco que deja a los progenitores la elección del apellido del hijo: el artículo 38 del Código de Familia establece: "1) Los hijos llevan el apellido común de los padres o el apellido de uno de ellos, determinado por el acuerdo realizado al celebrar el matrimonio; 2) Si se trata de un hijo cuyo apellido no ha sido así determinado y cuyos padres llevan apellidos diferentes, los padres se pondrán de acuerdo respecto al apellido del hijo y lo harán conocer al Comité Nacional, encargado de llevar los registros del estado civil; 3) Si los padres no se ponen de acuerdo con respecto al nombre o al apellido del hijo, o si ninguno de los padres es conocido, el tribunal determinará el nombre o el apellido".

36. Potestad paterna

Habida cuenta del nuevo derecho de la patria potestad decididamente vuelto hacia el ejercicio conjunto por ambos progenitores, las distintas legislaciones han debido también hacerse cargo de la situación especial de los hijos extramatrimoniales de filiación establecida sólo parcialmente. Es claro y comprensivo el artículo 261 del Código Civil venezolano para el cual todos los hijos, cualquiera sea su estado, se encuentran bajo la potestad de su padre y su madre. En su segundo párrafo agrega: "Durante el matrimonio, la patria potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre quienes la ejercerán conjuntamente, en interés y beneficio de los menores y de la familia... La patria potestad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación hubiese sido establecida simultáneamente respecto de ambos. En los demás casos, la patria potestad corresponde al primero que haya reconocido o establecido legalmente su maternidad pero el otro progenitor que lo reconozca posteriormente, compartirá el ejercicio de la misma, probando que el hijo goza, en relación con él, de la posesión de estado". Finalmente, se autoriza al juez a

conferir el ejercicio conjunto de la patria potestad al progenitor que carezca de él según la ley, cuando medie reconocimiento voluntario y el ejercicio se revele justo y en beneficio de los intereses del menor y de la familia.

El Código de Familia boliviano destina un texto especial a cada supuesto. La autoridad de los padres sobre los hijos comunes se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio y las uniones conyugales libres mientras dure la vida en común (arts. 251 y 253). La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tenga la guarda de ellos, guarda que corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad o su reconocimiento del hijo sea posterior al efectuado por el padre, a no ser que el hijo haya sido entregado al padre o, por otra razón, se encuentre "en su poder". El precedente precepto no es obligatorio porque el juez puede confiar la guarda al padre o poner al menor bajo tutela, con preferencia para los parientes más próximos y siempre en el interés del menor. De igual manera se procede ante la falta de la madre.

Es digno de subrayarse que tanto en Bolivia como en Costa Rica y en España, no hay autoridad o potestad en el caso de falta de reconocimiento y determinación de la filiación por sentencia, sin perjuicio de que se mantenga el deber de asistencia para con el hijo (art. 256 boliviano, 143 costarricense, art. 111 español).

En algunas legislaciones se atiende a que los padres vivan o no juntos para regular el ejercicio, sin tener en cuenta que estén o no casados entre sí. Para el Código Civil español, la pauta está dada por esta convivencia o no convivencia de los progenitores. En el primer caso, el ejercicio es conjunto, en el segundo, la potestad es ejercida por el progenitor con el cual el hijo conviva pero con posible intervención judicial, a solicitud fundada del progenitor excluido, para atribuir al solicitante el ejercicio conjunto o distribuir entre el padre y la madre las funciones inheren-

tes al ejercicio (art. 156 *in fine*). Existe preferencia para que la madre tenga consigo a los hijos e hijas menores de siete años, a falta de acuerdo de los progenitores que viven separados o decisión judicial distinta por motivos especiales (art. 159). El Código cubano remite al acuerdo de los padres separados, la guarda y cuidado de los hijos o a decisión judicial a falta de aquél (arts. 88 y 89).

La patria potestad relativa a los hijos habidos en matrimonio está organizada, en Costa Rica, sobre la pauta del ejercicio por ambos padres, con poder decisorio paterno y recurso ante el Tribunal conforme al interés del menor (art. 138). La patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio corresponde a la madre, aun cuando fuere menor de edad, con plena personería jurídica al efecto, cabiendo la atribución excepcional del ejercicio conjunto del padre por decisión judicial (art. 142).

El sistema sueco tiene afinidad con el recién comentado. Si los padres están casados entre sí, la patria potestad ("cuidado") es conjunta. En caso de padres no casados entre sí, el menor queda al cuidado de la madre, pero ambos pueden solicitar ser autorizados judicialmente al ejercicio conjunto, convivan o no, sin perjuicio del hijo (74).

En el Código italiano resultan combinados el reconocimiento y la convivencia de los progenitores para la potestad con respecto a los hijos naturales. En este supuesto, es igual a la de los hijos legítimos, o sea, se ejerce de común acuerdo (art. 317 bis, art. 316). Si los progenitores no conviven, el ejercicio corresponde a aquel con el cual vive el hijo; si no convive con ninguno, al primero que lo reconoció. El juez puede resolver de otra manera en el interés del hijo incluso excluyendo a ambos progenitores y procediendo a poner al hijo bajo tutela.

(74) BARBERO, Omar U., *Las nuevas reformas del Derecho de Familia en Suecia*, en *Juris* 55, D 74 y ss., N° 7.

En Suiza la autoridad parental sobre los hijos matrimoniales es ejercida por padre y madre conjuntamente según la norma del artículo 274 no modificado sustancialmente por la reforma (⁷⁵). Sobre los extramatrimoniales, corresponde de pleno derecho a la madre pero judicialmente puede atribuirse al padre por muerte o desinterés de aquélla (art. 298). En Austria, corresponde a la madre si ella la pide, está en condiciones de asumirla y de encargarse del sostén y educación del hijo. También corresponde a la madre según el parágrafo 1705 del BGB.

De acuerdo al informe de E. H. Hondious al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, se mantiene en los Países Bajos el régimen de tutela para los hijos no matrimoniales, análogo al de los hijos legítimos cuando uno de los padres ha muerto o están divorciados, aunque la tutela corresponde al sobreviviente o al designado por el juez. La madre del hijo natural es su tutora de pleno derecho salvo que no haya sido capaz de tutela al momento del nacimiento. Entra aquí el importante grupo de madres solteras menores. El padre puede solicitar ser designado tutor y ello se concede si favorece el interés del hijo (⁷⁶).

37. Convivencia del hijo extramatrimonial menor con la familia matrimonial de su progenitor

Es un tema considerado por varias legislaciones con especial atención cuando el hijo extramatrimonial ha sido habido en adulterio. Sin distinción alguna en cuanto a esta situación, el código venezolano exige el consentimiento del cónyuge para que el hijo nacido fuera del matrimonio sea llevado a la residencia familiar (art. 216). Lo mismo está dispuesto en Guatemala. El consenti-

(⁷⁵) BARBERO, Omar U., *El nuevo derecho de la filiación en Suiza*, en L. L. 1979-B, 1034 y ss., V.

(⁷⁶) HONDIOUS, E., *Le régime néerlandais en Académie Internationale de Droit Comparé, Rapports généraux au IX Congrès International de Droit Comparé* (Teherán, 1974).

miento parece ser exigido por el derecho francés solamente para el supuesto de los hijos adulterinos (art. 334-7).

El artículo 252 del Código Civil italiano lleva por título "*Affidamento* del hijo natural y su inserción en la familia legítima". La expresión *affidamento* corresponde a guarda del menor en el sentido de "tenerlo consigo". El texto distingue entre el hijo reconocido durante el matrimonio y el que ya lo estaba al contraerse éste. La decisión es en ambas hipótesis, judicial. En la primera, el juez puede autorizar la convivencia del hijo con la familia legítima cuando no sea contrario al interés del menor, con el consentimiento del otro cónyuge y de los hijos legítimos mayores de 16 años y convivientes y también del otro progenitor natural reconociente. En tal último caso, el juez establece las condiciones que deben observar tanto el progenitor a quien ha sido concedida la guarda como el otro. Cuando el hijo natural ha sido reconocido antes de la celebración del matrimonio, su inserción en la familia legítima está subordinada igualmente al consentimiento del otro progenitor reconociente y del cónyuge, a menos, en cuanto a éste, que el hijo ya viviera con su progenitor a la fecha de la celebración del matrimonio y que el otro contrayente conociera su existencia.

38. Derechos patrimoniales

Es el ámbito en el cual la unidad de la filiación tiene la mayor posibilidad de ser efectiva, aunque siempre puede obstaculizarla la imposibilidad de establecer la filiación del interesado. En las legislaciones donde subsisten discriminaciones, la mayor aproximación se ha dado en la materia tanto alimentaria como sucesoria.

39. Alimentos

En ninguna de las legislaciones aquí consideradas se admiten diferencias por la situación de los padres a la época de la concepción o al nacimiento del hijo. La institución organiza un derecho-deber

recíproco y fija límites que se extienden más allá de padre-madre-hijo a los ascendientes y hermanos. Así es según el artículo 144 español, los artículos 282, 283 y 285 venezolanos, artículos 122, 1 y 123, 2 y 4 cubanos (en el último inciso se aclara "cualquiera que sea su vínculo), 156 del Código de Familia de Costa Rica, artículo 474 peruano. Comprende, sin distinción, a los ascendientes y descendientes en Francia (art. 205), en Alemania, Austria, Unión Soviética.

El Código italiano enumera las personas obligadas en el artículo 433, disponiendo en sus incisos 2 y 4, que incluye a los hijos legítimos, legitimados o naturales o adoptivos y a sus descendientes próximos aun naturales y a los progenitores y a sus ascendientes próximos aunque naturales y a los adoptantes. Es importante destacar que ha sido abrogado el artículo 435 del Código de 1942, que precisamente establecía órdenes de prelación entre los beneficiarios y obligados según fueran legítimos o no.

En la legislación vigente de los Países Bajos, los derechos-deberes alimentarios de los hijos no matrimoniales son iguales a los de los hijos legítimos, en principio (arts. 382, 395, 404), pero sólo el hijo reconocido durante su minoridad debe alimentos al padre (art. 393). No existe obligación alimentaria entre abuelos y nietos.

Es interesante citar el vigente derecho inglés en el aspecto del sostenimiento del hijo natural. La obligación de sustentarlo recae sobre quien tiene su guarda, generalmente la madre. El padre ilegítimo contribuirá conforme a una de dos posibilidades, voluntaria o en virtud de una *affiliation order*. Esta puede ser solicitada por la madre ante una *Magistrates Court* y obligará al padre a contribuir al sostenimiento del hijo. No se trata de una declaración judicial de paternidad sino más bien de determinar el fundamento jurídico de la obligación alimentaria del padre natural. Sobre la materia recayeron reformas importantes introducidas por la *Affiliation Proceedings (Amendment) Act* de 1972, facilitando su obtención ya que incluso puede ser solicitada después de la muerte de la madre, esto es, por el mismo hijo. Además, como consecuencia de la *Family*

Reform Act de 1969, el hijo está habilitado para pedir judicialmente que se establezcan disposiciones razonables cuando la muerte de la madre lo hubiera dejado en situación de necesidad, derecho que no se considera deuda de la sucesión de ésta y, asimismo, para solicitar que se prolonguen los efectos de su *Affiliation Order* para continuar sus estudios. Obsérvese que no es posible obtener la *Affiliation Order* después de la muerte del padre y que sus efectos se extinguen con el fallecimiento del obligado. Pero la *Family Reform Act* de 1969 permite que el hijo ilegítimo reclame alimentos a la sucesión de sus autores (77).

40. Derechos sucesorios

Igual derecho a suceder a sus padres cualquiera sea la característica originaria del vínculo que los une con ellos, resulta de la igualdad en el *status filiae* que ostentan tanto los hijos de matrimonio como los extramatrimoniales. Ello comporta igualdad en la vocación, en la legítima o reserva y en la porción hereditaria.

No resulta igualmente derivado del *status filiae* el derecho de los progenitores a suceder a sus hijos sin distinciones. Por fin, si conforme al criterio del legislador, se atribuye a los hijos fuera del matrimonio el *status familiae*, el llamamiento ha de darse con respecto a los familiares del progenitor tanto legítimo como extramatrimonial.

Las disposiciones legales vigentes sobre la materia no coinciden alrededor de estos principios. Se da la paradoja de que, por una parte, la unidad de la filiación parecería imponerse sin dificultades por tratarse de una cuestión exclusivamente patrimonial pero, por otra, plantea destacadamente la necesidad legal de protección de la familia legítima ya que no se presenta la diferencia fáctica que provoca las distinciones en otros aspectos. La

(77) PIRET, Michèle, *Les principales réformes modifiant les droits patrimoniaux de enfants illégitimes en droit anglais*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1973, p. 277 y ss., N° 19 y ss.

doctrina francesa subraya, por ejemplo, que la distinción hereditaria desfavorable al hijo adulterino responde a la protección de la familia fundada sobre el matrimonio que no es menos inocente del adulterio que el hijo fruto de éste, y que aun así restringido, el derecho hereditario de este hijo viene a consagrar en cierta medida la familia adulterina paralelamente, e incluso en concurrencia, con la familia legítima, admitiendo indirectamente una cierta poligamia (⁷⁷⁻¹). Se trata de argumentos de una lógica irrefutable.

Establecen idéntico derecho a suceder de todos los hijos, igual legítima o reserva, igual porción hereditaria y llamamiento recíproco con respecto a los progenitores y a los parientes de éstos, los Países Bajos, Suiza, Venezuela (arts. 822, 884, 824, 826, 828, 827), Luxemburgo (arts. 756 y ss. C.C.), España (arts. 931, 807, 1º, 808, 932, 935, 936, 946, 954 y correlativos). El artículo 931 del Código español dispone: "Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo, edad o filiación". Los textos relativos a la sucesión entre colaterales no distinguen según la clase de parentesco dentro o fuera del matrimonio.

En el Código francés se registran dos textos de gran comprensión, los artículos 757 y 758. Reza el primero: "El hijo natural tiene, en general, en la sucesión de su padre y madre y otros ascendientes, así como de sus hermanos y hermanas y otros colaterales, los mismos derechos que un hijo legítimo". Y el artículo siguiente: "Recíprocamente, el padre y la madre y otros ascendientes del hijo natural, así como sus hermanos y hermanas y otros colaterales, vienen a su sucesión como si fuera un hijo legítimo". Pero textos posteriores restringen los derechos del hijo habido en adulterio pues su porción hereditaria se fija en la mitad de lo que hubiera recibido si hubiera sido hijo legítimo cuando concurre con el cónyuge o con hijos legítimos (arts. 759 y 760) y sólo es hábil para recibir liberalidades en el límite de su porción hereditaria (art. 908). Asimismo, su reserva es la mitad de la que le hubiera correspondido de ser

(⁷⁷⁻¹) COLOMBET, *op. cit.*, Nº 233, 239 246.

legítimo cuando concurre con ellos (art. 915). El citado artículo termina disponiendo que la porción en que disminuye esta reserva se distribuya por partes iguales entre los hijos del matrimonio afectado por el adulterio.

En Austria, el hijo no legítimo siempre ha heredado a la madre y a la familia materna. Ahora hereda también al padre pero no a la familia de éste. El derecho sucesorio con respecto al padre, a su vez, se encuentra limitado porque el cónyuge y los hijos legítimos lo excluyen. Correlativamente, el padre natural hereda al hijo y es excluido por el cónyuge y los descendientes del mismo (78).

En Alemania Federal, padre e hijo extramatrimoniales se heredan recíprocamente. Sin embargo, ya que una cooperación productiva en la comunidad de los herederos, por regla general, es difícil que se concrete entre el hijo natural y el cónyuge y otros parientes de su progenitor, la ley prevé que, en ciertos casos, la porción hereditaria del hijo no legítimo sea reemplazada por un crédito por el valor de dicha porción. Además, se ha creado el derecho del hijo natural de más de 21 años y menos de 27, a reclamar a su padre como "reglamento sucesorio anticipado" una suma acorde con las posibilidades de éste según sus ingresos o capital (79).

En Italia los hijos legítimos y los naturales tienen la misma porción hereditaria y la misma reserva (arts. 566 y 537) pero de una manera similar a la germánica, los últimos pueden ver satisfecho sus derechos de otra manera que compartiendo propiamente la herencia. En efecto el artículo 537 *in fine* dispone "Los hijos legítimos pueden satisfacer en dinero o en bienes inmuebles hereditarios la porción correspondiente a los hijos naturales que no se opongan. En caso de oposición, decide el juez valorando las circunstancias personales y patrimoniales". El llamamiento es recíproco con respecto a los progenitores según el artículo 578 del Código de

(78) RAISER, Richard, *La filiation illégitime en droit austriechien*, en *Rapports cit.*

(79) *Idem*, *La filiation illégitime en droit allemand*, en *Rapports cit.*

1942 que no ha sido modificado. La calidad de la filiación tampoco trasciende para la fijación de la porción hereditaria conyugal en caso de concurrencia (art. 581).

Sintetizando la situación sucesoria actual en Inglaterra, Piret explica que las principales modificaciones derivan de la *Family Law Reform Act* de 1969 porque, al margen de las dificultades de la prueba de la filiación paterna, en su virtud el hijo natural ha sido reconocido como *dependent* en idénticas condiciones que un hijo legítimo lo que le ha abierto la posibilidad de beneficiarse con las disposiciones de la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938 y de la *Intestates Estates Act* de 1952. Goza de los mismos derechos sucesorios *ab intestato* que un hijo legítimo en la sucesión de su padre y madre, siendo la vocación recíproca pero restringida a la línea recta en el primer grado. Tales derechos pueden quedar reducidos a un principio teórico en las sucesiones poco importantes cuando concurre el cónyuge sobreviviente al que se destinan los *personal chattels* y una importante suma fija, en cuyo supuesto el hijo natural puede apelar a su situación de *dependent* para reclamar alimentos a la sucesión de sus autores por la ley de 1938. Se estima que la integración del hijo natural en la familia de sus autores es más completa en caso de sucesión testamentaria (que es la regla en el *common law*) porque las palabras sobrinos, sobrinas, nietos, deben ser interpretadas como incluyendo a los hijos ilegítimos salvo disposición en contrario ⁽⁸⁰⁾.

41. Situación de los hijos de filiación no determinada

Las situaciones de hecho y las mismas disposiciones legales que obstaculizan en ciertos casos la determinación de la filiación, han conducido a algunas legislaciones a proveer recursos a favor de los hijos carentes de vínculo jurídico con sus progenitores, con fines alimentarios. Es obvio que tales recursos tienen sentido cuando

⁽⁸⁰⁾ PIRET, *op. cit.*, Nros. 33 y ss.

la acción de investigación de la paternidad no existe (como en los Países Bajos) o se encuentra restringida (por ejemplo, para los incestuosos en Italia o Francia), pero que carecen de él cuando la acción de investigación se concede ampliamente ya que la imposibilidad fáctica de probar quién es el padre afectaría tanto a ellos como a la misma reclamación de estado.

En Francia, la acción se denomina à *fin de subsidies*. Se otorga a todo hijo natural cuya filiación paterna no esté legalmente establecida con el objeto de reclamar subsidios (alimentos) de aquel que tuvo relaciones con la madre durante el período legal de la concepción, aun en los supuestos de hijos adulterinos e incestuosos (art. 342). También se concede al hijo de una mujer casada si su título de hijo legítimo no está corroborado por la posesión de estado (art. 342-1). El código se refiere en detalle al cálculo del monto de la pensión, considera la hipótesis de *plurium concubentium* facultando al juez, según las circunstancias, a hacer recaer la obligación sobre todos los demandados transformada en una indemnización y menciona las defensas que puede invocar el pretense padre demostrando que no lo es o probando la vida deshonesta de la madre (art. 342-2, 3, 4). La obligación se transmite a la sucesión del deudor (art. 342-5). Es importante indicar que la acción à *fin de subsidies* acogida favorablemente tiene efectos que exceden lo patrimonial, pues crea impedimentos matrimoniales entre deudor y beneficiario, entre cada uno de ellos y los parientes y el cónyuge del otro (art. 342-7). Cabe una acción posterior de investigación de la paternidad y cesan los efectos de la sentencia de alimentos si la filiación paterna queda establecida con respecto a otra persona (art. 342-8).

Llama la atención que la acción à *fin de subsidies* se apoya en una forma de responsabilidad y no en la filiación, fundamento sobre el que se insistió en el trámite de formación de la ley: se la concibió para reparar el perjuicio sufrido por el hijo que se encuentra en la imposibilidad de establecer su filiación paterna poniendo

su mantenimiento a cargo de aquel o aquellos “que han asumido el riesgo de engendrarlo”. La observación ha provocado indignación, pero parece indiscutible que el régimen estructurado responde a la idea de “responsabilidad por riesgo” y ello se proyecta sobre la ambigüedad que rodea tanto al ejercicio como a sus resultados. “Los subsidios presentan un carácter mixto, híbrido... semi-indemnizatorios, semi alimentarios, constituyen la puesta en obra de una obligación de reparación pero suponen al mismo tiempo, una paternidad sino cierta, al menos posible” (81).

También en Italia existe esta especie de “pequeña acción”. Se llama “Responsabilidad por el mantenimiento y la educación”, título que lleva el artículo 279, según el cual en todos los casos en que no puede accionarse por paternidad o maternidad, el hijo natural está dotado de una acción para obtener el mantenimiento, instrucción y educación. La acción es admitida cuando concurren circunstancias específicas que la hacen justificada, en el interés del hijo menor mediante un curador especial que se designa judicialmente a requerimiento del Ministerio Público o del progenitor que ejerce la potestad. También puede accionar, por sí mismo, el hijo mayor de edad que se encuentra en estado de necesidad. La situación *post-mortem* del progenitor, ha sido contemplada en los artículos 580 y 594 según los cuales los hijos que tengan derecho a mantenimiento, instrucción y educación, lo tienen igualmente a una asignación vitalicia equivalente al monto de la renta de la cuota de herencia a que hubieran tenido derecho si la filiación hubiera sido declarada o reconocida. Pueden obtener a su pedido la capitalización de la asignación que le corresponda en dinero o, a elección de los herederos legítimos, en bienes. Los herederos, legatarios y donatarios están obligados, en proporción a lo que reciben, a la satisfacción del mentado derecho, si el progenitor no ha dispuesto por donación o testamento a favor de los mismos hijos. En este último caso, los

(81) COLOMBET, *op. cit.*, N° 508. ed especial, Nros. 509 y 510.

hijos pueden renunciar a la disposición y pedir la asignación. La misma concepción absurda que se critica en Francia, de una responsabilidad por riesgo, parece presidir los textos italianos.

En los Países Bajos, el hijo ilegítimo no reconocido por el padre, goza de derecho a alimentos sin la obligación correlativa, durante su minoridad y aun después de ésta si por enfermedad física o síquica es incapaz para subvenir a sus necesidades. El deber de pasar alimentos recae sobre el que ha tenido relaciones con la madre entre el 307 y el 197 día anterior al nacimiento salvo si el juez está íntimamente convencido de que el demandado no es el padre o si aquél prueba la excepción *plurium concubentium*, y no se demuestre que el hijo pudo nacer de estas relaciones (art. 394). No hay derechos sucesorios a favor de este hijo pero puede exigir alimentos a la sucesión de su padre mientras sea menor de edad. Los herederos pagarán un capital que no puede sobrepasar la reserva que le hubiera correspondido como hijo natural sin que se trate de responsabilidad personal de los mismos (art. 460-5).

La acción *à fin de subsidés* ha sido suprimida en Suiza, coherentemente con la admisión de la acción de investigación de la paternidad sin restricciones. La doctrina consideraba más perjudicial al hijo la declaración judicial de paternidad que lo ligaba a un "padre" en contra de la voluntad de éste y por lo tanto, opinaban que la pequeña acción no debía desaparecer. La Sociedad suiza de juristas recomendó incluso la supresión de la "gran acción" o, al menos, su limitación (82).

Algunas legislaciones contemplan el problema del nombre del hijo sin filiación determinada. El artículo 239 de Código de Venezuela dispone que figurarán en las partidas de nacimiento con dos apellidos que escogerá el funcionario del registro del estado civil quien, al hacerlo, cuidará de no lesionar intereses de terceros. Establecida posteriormente la filiación, se siguen las reglas perti-

(82) FLATET, *op. cit.*, I, p. 682 y nota N° 3.

nentes. En Checoslovaquia, según lo ya citado, se prevé que si ninguno de los progenitores es conocido, el Tribunal dé al hijo un nombre supuesto y un apellido (art. 38 *in fine*).

42. La legitimación

La institución de la legitimación que emplaza al hijo extramatrimonial en el estado de hijo legítimo, reviste significación en un régimen que diferencie las filiaciones. Dado que una unidad de plenitud de efectos, según se ha demostrado a través de la breve revista pasada a las legislaciones extranjeras, es imposible, se comprende que en muchas de ellas se conserve la figura aunque las diferencias entre hijos legítimos y no legítimos hayan sido reducidas a los límites de insuperables valoraciones y realidades fácticas. En aquellos Códigos de los cuales ha desaparecido, puede observarse lo que expone Flatet refiriéndose al suizo: "la lógica de la reforma, la introducción del principio de la unidad de la filiación, ha conducido a la supresión, puede ser más formal que real, de una institución secular: la legitimación. La condición de los hijos de padres casados y la de los hijos nacidos fuera del matrimonio, siendo la misma, en principio, sobre el plano jurídico, la legitimación no tenía ya razón de ser. No obstante, ha sido muy necesario prever un cambio en la situación del hijo natural cuyos padres contraen matrimonio". Se lo hace en el artículo 259 que aplica a los legitimados, por analogía, las disposiciones relativas a los hijos de matrimonio en cuanto al nombre, *droit de cité*, obligación de sostenimiento y autoridad paterna. La legitimación se produce por el matrimonio y el reconocimiento del hijo o la sentencia que declare su filiación, opera con efectos retroactivos al nacimiento y la personería para atacar el reconocimiento es más limitada que la prevista para impugnarlo cuando no media unión legal. Concluye el autor citado: "el matrimonio de los padres de un hijo nacido antes de su celebración aporta, por lo tanto, un cambio

apreciable en la situación del hijo si bien menor que antes de la reforma. La desaparición del término «legitimación» en la ley responde sobre todo al deseo de no hacer recaer un juicio moral sobre las circunstancias del nacimiento”⁽⁸³⁾. La legitimación por autoridad de justicia ha sido abolida en Suiza.

La ley francesa de 1972 conservó la legitimación por matrimonio e introdujo la legitimación judicial. La legitimación por matrimonio requiere también el reconocimiento o una declaración judicial, en este último caso, si el hijo ha gozado de posesión de estado después de la celebración, confiere todos los derechos y deberes de la filiación legítima desde la fecha del matrimonio y puede tener lugar después de la muerte del hijo si ha dejado descendientes aprovechando a éstos (arts. 329, 330, 331, 332). La legitimación por autoridad de justicia se aplica cuando el matrimonio es imposible por mediar impedimento o uno de los progenitores ha fallecido o se encuentra ausente o es incapaz para dar su consentimiento o es desconocido. Requiere la posesión de estado de hijo natural con respecto al progenitor que la solicita, pudiendo hacerlo uno de ellos o ambos conjuntamente.

Si uno de los progenitores se encontraba, a la época de la concepción, unido en un matrimonio no disuelto a la fecha de su presentación, requiere para ella el consentimiento del cónyuge. La legitimación produce efecto desde la resolución judicial definitiva. Confiere los derechos y obligaciones de la filiación legítima pero si ha sido solicitada por uno solo de los progenitores, solamente con respecto al mismo y, salvo decisión en contrario del tribunal, no comporta la modificación del nombre del hijo. Si ha sido solicitada por ambos, corresponde el apellido del padre y queda bajo su guarda, durante la minoridad, como en caso de divorcio (art. 333 y ss.).

El Código Civil italiano también conserva la legitimación por

(83) *Idem*, I.

matrimonio e incorpora la legitimación por resolución judicial (art. 280), excluyendo de la posibilidad de ser legitimados a los hijos que no pueden ser reconocidos (art. 281) esto es, a los incestuosos cuyos padres nunca podrán casarse y que tampoco podrán ser legitimados judicialmente. Detalladamente previstas ambas formas en los artículos 284 a 290, se subraya que para la legitimación por decisión judicial no es indispensable la imposibilidad de contraer matrimonio bastando "un gravísimo obstáculo" para legitimar por esta vía (art. 284, 2). Procede después de la muerte del progenitor en dos casos: si éste ha expresado en testamento u acto público la voluntad de legitimar o si ha dado poder para la celebración del matrimonio y de él resulta la voluntad de reconocer o legitimar si el hijo no estuviera ya reconocido. Los efectos de la legitimación judicial son análogos a los de la legitimación por matrimonio, pero sólo análogos, porque pueden recaer en la relación del hijo con uno solo de los progenitores, aquel a cuyo respecto ha sido concedida, y se producen desde la fecha de la resolución o desde la fecha de la muerte del progenitor (arts. 285 a 290).

El Código Civil español parece mantener la legitimación por matrimonio en los siguientes términos: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente (determinación de la filiación no matrimonial). Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará en su caso a los descendientes del hijo fallecido" (art. 119).

La doctrina se pregunta si se trata de la antigua categoría de hijos legitimados por el matrimonio, inclinándose más bien a la respuesta negativa no obstante admitirse que es una filiación distinta de la matrimonial ordinaria, una filiación matrimonial especial en la medida en que la paternidad del marido haya sido resuelta judicialmente, en cuyo caso, por aplicación del artículo 111,

el padre será excluido de la patria potestad y de derechos hereditarios, registrándose también diferencias en el apellido del hijo ⁽⁸⁴⁾. Rivero Hernández, señalando previamente las diferencias entre la legitimación anterior a la entrada en vigencia del citado artículo 119 y la propuesta para éste, afirma que “con esas notas o novedades, la filiación legitimada... conserva idéntica naturaleza y fundamento a los que la doctrina predicaba de la legitimación por subsiguiente matrimonio (en realidad es, sigue siendo tal) bajo la vigencia del Código Civil...” ⁽⁸⁵⁾.

Las dos formas de legitimación proceden en el derecho de Alemania Federal. La lograda mediante el matrimonio favorece también a los descendientes del hijo ya fallecido a la fecha de su celebración. La nueva legislación se ha mostrado favorable a la “declaración de legitimidad” en el interés del hijo. Se encuentra a cargo del tribunal de tutelas que interviene a solicitud del padre; no puede ser condicional ni a término, requiere el reconocimiento del hijo en su presentación, el consentimiento del hijo mayor de edad o el de la madre si no lo es y el consentimiento de la esposa del padre casado, prescindiéndose de estos dos últimos en caso de incapacidad o desconocimiento de residencia. El tribunal puede suplir la negativa materna que causara al hijo un perjuicio excesivo. La declaración de legitimidad no procede después de la muerte del hijo pero sí después de la muerte del padre si éste ya había tomado medidas conducentes a la misma, según aclaraciones del párrafo 1733. Produce los efectos propios de la filiación legítima pero no alcanza a los padres del padre, ni la mujer del padre contrae parentesco por afinidad con el legitimado, ni el cónyuge de éste con el padre (parág. 1723 a 1740).

A pesar de la igualdad de derechos y obligaciones de todos los hijos con respecto a sus padres, la legitimación por matrimonio o por decisión judicial subsiste en Yugoslavia ⁽⁸⁵⁻¹⁾.

⁽⁸⁴⁾ CÁMARA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 50/51.

⁽⁸⁵⁾ RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación cit.*, parágr. 11.

⁽⁸⁵⁻¹⁾ BELLUSCIO, *op. cit.*, II *in fine*.

Entre los países americanos, mantiene la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, por ejemplo, Costa Rica. Los hijos procreados por los mismos padres antes del matrimonio, contraído éste, se tendrán por hijos de matrimonio, manifestando esta voluntad ante las autoridades que la ley establece en la enumeración efectuada en el segundo párrafo del artículo pertinente que lleva el número 81. En su última parte, introduce la legitimación judicial, a falta de la mentada manifestación. La condición de hijos matrimoniales se conserva a pesar de la nulidad del matrimonio, en su caso (art. 82). La legitimación produce efectos desde la concepción y aprovecha a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 83).

43. Diferencias favorables a los hijos no matrimoniales

Al considerarse el tema de los derechos sucesorios, se ha mencionado el de los hijos extramatrimoniales a solicitar una compensación sucesoria anticipada según dispone el parágrafo 1934 del BGB después de la ley de 1969. La Corte Constitucional de la República Federal alemana se ha pronunciado el 3 de noviembre de 1981 aceptando la legitimidad del precepto que establece una diferencia de tratamiento pues los hijos legítimos carecen del mentado derecho. El mismo autoriza al hijo extramatrimonial a solicitar a su padre una especie de liquidación anticipada de sus derechos sucesorios en vida del progenitor, perdiendo toda pretensión *mortis causa* y sin asumir las cargas que son connaturales con el carácter de heredero. La suma a recibir equivale a tres anualidades del costo del mantenimiento según lo que ha sido otorgado en los últimos cinco años, comprendiéndose en los alimentos el costo de la educación y formación profesional del alimentado. El pedir la compensación anticipada es facultativo para el hijo.

Según Trabucchi, la finalidad de la norma es evidente: el que no ha gozado de una familia que lo acompañe y ayude en los pri-

meros tiempos de una vida independiente, pide al padre que le asegure, en vida, una ventaja patrimonial que le podría resultar menos útil si demorada hasta después de su muerte. Precisamente, la discusión doctrinaria y en el más alto nivel judicial, resultó de que esa vida efectiva de familia puede faltarle también al hijo legítimo de padres divorciados o separados de hecho o que puede haberla disfrutado el hijo extramatrimonial, sin que aquél sea titular del derecho de que éste está investido.

Los fundamentos del fallo resaltan la condición de inferioridad en que se encuentra el hijo natural que carece de la comunidad fundada en el matrimonio que aseguraría su pleno desenvolvimiento físico y espiritual o que, aun conviviendo con ambos progenitores, como éstos pueden separarse en cualquier momento unilateralmente, la precaridad de su relación daña el sereno y armonioso crecimiento del hijo.

En cuanto al hijo de padres divorciados, la Corte estima que su situación es mejor porque probablemente gozará de una más activa disposición de su padre a proveer a sus necesidades que aquella de que goza el hijo extramatrimonial frente al suyo. Además, no ha de faltar al hijo legítimo la ayuda de los abuelos. Afirma que un igual tratamiento para ambas categorías determinaría que la desigualdad (o sea la inicial inferioridad del hijo natural) continúe, de manera de que para que haya igualdad el tratamiento debe ser distinto.

Importa transcribir algunos párrafos del comentario de Trabucchi al fallo considerado: "Se tiende hoy, escribe, a igualar las dos categorías en el contexto de sus respectivas peculiaridades... La Corte ha tratado de individualizar los elementos estructuralmente positivos de la familia legítima reproduciéndolos no para distanciar a los hijos naturales sino para buscar por otra vía una efectiva paridad. El reclamo de la comunidad familiar, el cuidado constante del hijo que puede ser realizado en ésta, el rol de los parientes y en particular de los abuelos, no constituyen solamente materia de una

investigación sociológica, sino que llevan al derecho, como objeto de reflexión, elementos humanos y de valor que razonablemente no pueden ser descuidados. La Corte parece haber logrado conciliar por un lado el reconocimiento de la legitimidad constitucional de una norma que indudablemente atribuye ventajas a sólo el hijo natural, y por el otro, la reafirmación de la importancia de la permanencia de una categoría diferenciada de hijos nacidos en el matrimonio, categoría que se distingue más por los beneficios que naturalmente puede recibir quien ha nacido de una ordenada comunión de vida fundada sobre el matrimonio, que por los efectos o privilegios que el ordenamiento le reconozca. En suma, pareciera decir la Corte, esta paridad debe ser construida por el legislador en una visión compleja, porque de otra manera, según el normal desenvolvimiento de las relaciones, no encontraría terreno donde realizarse”.

Y concluye destacando que la sentencia ejemplifica una aplicación del criterio según el cual las diferencias de tratamiento no son discriminatorias cuando obedecen a una razón específica, es decir, cuando son la expresión de una finalidad que el legislador ha perseguido no para apartar o negar un privilegio, sino para venir al encuentro de exigencias particulares. El juicio por lo tanto no debe cerrarse sobre las diferencias, porque la presencia de una particular *ratio* puede explicarlas: la valorización de esta *ratio* está por otra parte, reservada a un juicio de política legislativa ⁽⁸⁶⁾.

44. Código de Derecho Canónico

El nuevo Código de Derecho Canónico, que reemplaza al de 1917, fue promulgado por Su Santidad Juan Pablo II el 25 de enero de 1983 y comenzó a regir el 27 de noviembre de ese mismo año. El canon 1137 conceptúa a los hijos legítimos como los concebidos o

⁽⁸⁶⁾ TRABUCCHI, Giuseppe, *Figli legittimi e naturali in Germania. Un'equiparazione che incontra difficoltà di segno inverso*, en *Rivista di Diritto Civile*, N^o 1, enero-febrero de 1982, 2^a parte, p. 78.

nacidos de matrimonio válido o putativo. La presunción de legitimidad está organizada en el canon 1138, cuyo primer párrafo reproduce la fórmula tradicional: "El matrimonio muestra quién es el padre, a no ser que se pruebe lo contrario con razones evidentes", disponiendo en el segundo párrafo: "Se presumen legítimos los hijos nacidos al menos 180 días después de celebrarse el matrimonio, o dentro de los 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal". Todos los hijos ilegítimos son legitimables por el posterior matrimonio válido o putativo de sus padres o por rescripto papal (canon 1139).

Observan los comentaristas que han desaparecido las prohibiciones e irregularidades provenientes de la ilegitimidad, pero no ha sido suprimida la doble categoría de la filiación, legítima e ilegítima. No hay ninguna prescripción en el Código que discrimine por razón de la filiación entre los aspirantes a recibir el Orden Sagrado o a ingresar en institutos de vida consagrada.

Debe destacarse que el régimen de impugnación de la paternidad legítima es abierto porque requiere probar que el hijo no es del marido de la madre "con razones evidentes" pero sin establecerse la configuración de supuestos ineludibles. Son mencionados como ejemplos, la ausencia de relaciones sexuales en el tiempo de la concepción (no precisamente su imposibilidad), la esterilidad demostrada ⁽⁸⁷⁾.

(87) DE ECHEVERRÍA, Lamberto y colaboradores, *Código de Derecho Canónico*, ed. bilingüe comentada, Madrid, 1983, com. a los cánones citados.