

## CAPÍTULO VII — DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

- A) Duración del embarazo
- B) Elementos básicos de la determinación de la filiación matrimonial
- C) Presunción de paternidad matrimonial
- D) Excepciones a la presunción de paternidad matrimonial
- E) Segundas nupcias de la madre
- F) Persona por nacer hijo matrimonial
- G) Supuestos no previstos expresamente

## **Capítulo VII**

### **DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL**

#### **A) DURACION DEL EMBARAZO**

##### **77. La presunción y su carácter**

El artículo 77 originario del Código ha sido sustituido manteniéndose los plazos que establecía sobre duración máxima (300 días) y mínima (180 días) del embarazo e introduciéndose una modificación decisiva al cambiarse la última oración por precisamente su opuesta: la presunción admite prueba en contrario.

La caracterización vigente de la presunción responde a la eventualidad de una duración mayor o menor de hecho y resulta más adecuada que la fijación de lapsos más o menos prolongados pero inatacables que dejarían latente la posibilidad de que se contradiga la realidad en un caso concreto. Se encuentra, por lo tanto, dentro del espíritu de la ley proclive a asegurar la efectividad jurídica de la realidad biológica y armoniza con el tratamiento de las restantes presunciones que son también *iuris tantum* (arts. 243, 244, 257).

Grosman proporciona datos muy interesantes sobre los avances científicos en la materia, que permiten establecer cuál ha sido la fecha aproximada de la fecundación dentro del término de una

o dos semanas, asegurar la supervivencia de nacidos con menos de 180 días de gestación y que confirman estadísticamente la frecuencia de embarazos de más de 300 días (<sup>106</sup>).

En el debate del Senado, la senadora Rivas explicó que al admitirse que se demuestre la existencia efectiva de otro tiempo de gestación, las “presunciones legales se convierten en una base razonable de seguridad jurídica, pero no en un marco rígido que impida el conocimiento de la verdad biológica”.

Puede observarse en las leyes extranjeras una tendencia clara a admitir que la gestación no permite encerrarse en términos fijos, al observar lo que prescriben con respecto a la concepción durante el matrimonio (art. 311 francés, 252-2 suizo, 234 italiano, 75 del Código de Familia de Costa Rica, 213 venezolano). En el Código Civil alemán federal cabe demostrar que la gestación duró más de 302 días pero no menos de 181 (<sup>107</sup>).

#### 78. Epoca de la concepción

El artículo 76 conserva su redacción de Vélez Sársfield, quedando la época de la concepción fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo, sin contar el día del nacimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 77. En ella comienza la existencia de las personas (arts. 63 y 70 del C. Civil) y la ley la considera insistente en el régimen de presunción de la paternidad matrimonial, de su impugnación y en la presunción de paternidad del concubino de la madre.

(<sup>106</sup>) GROSMAN, *op. cit.*, parágr. 11 y sus notas.

(<sup>107</sup>) Ver *idem*, parágr. 12, a).

## B) ELEMENTOS BASICOS DE LA DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL

### 79. Emplazamiento en la filiación matrimonial

El hijo queda emplazado en la filiación matrimonial: a) por la inscripción de su nacimiento con el nombre de la madre y el matrimonio de ésta que abre el cauce a la presunción de paternidad legítima; b) por la sentencia que acoge favorablemente la acción de reclamación de la filiación matrimonial. Corresponde interpretar así el artículo 246, según el cual la filiación matrimonial queda determinada por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres o por sentencia firme en juicio de filiación (<sup>107-1</sup>).

### 80. Carácter "iuris tantum" de las presunciones

La presunción de paternidad matrimonial del primer párrafo del artículo 243 puede ser atacada mediante el ejercicio de la acción de impugnación del artículo 258. La falta de presunción del segundo párrafo del mismo artículo 243 admite prueba en contrario. Las presunciones del artículo 244, también, y armónicamente como se ha explicado, puede demostrarse que un determinado embarazo duró menos de 180 días o más de 300 (art. 77).

El principio es exactamente el contrario al establecido en los textos sustituidos del Código Civil para el que, al igual que la presunción de duración máxima y mínima del embarazo, la de concepción durante el matrimonio y la atribución del hijo al primer o segundo marido de la madre no admitían prueba en contrario (arts. 77, y art. 244).

Se presentaban como normas de carácter objetivo que implicaban "un mandato del legislador, una disposición a cumplir, más

(<sup>107-1</sup>) Confr. BOSSERT - ZANNONI, *Régimen legal...* cit., com. al art. 246.

que una apreciación de la prueba de los hechos” (<sup>108</sup>). Citando a Gény, Guastavino dice sobre esta especie de presunciones que por el canal de la prueba y quedándose en el terreno de los hechos “constituyen una regla de derecho independiente, que solamente su origen relaciona con el dominio de la prueba” (<sup>109</sup>).

Fue generalizado el movimiento doctrinario contrario al imperativo *iure et de iure* de las presunciones invocándose la eficacia de las pruebas científicas, lo absurdo de mantenerlas ante evidencias como el haber dado a luz la madre dos hijos sucesivamente dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio, el respeto debido a la verdad biológica a anteponer el eventual escándalo del juicio. Los dos proyectos doctrinarios que analizó la Comisión del Senado se pronunciaron por flexibilizar las presunciones.

El argumento de intención del legislador se encuentra ampliamente ilustrado por el senador Brasesco quien, refiriéndose al artículo 243 expresa que “en el nuevo régimen todas las presunciones pueden ser desvirtuadas acreditándose lo contrario. El actual sinceramiento de las relaciones familiares lleva, por lógica consecuencia, a que todas las presunciones que se adoptan admitan prueba en contrario, imponiendo solamente la carga de la prueba a quienes pretendan desvirtuarlas”.

Sin perjuicio de las precisiones que se concretarán en el estudio de cada presunción, en términos generales el carácter *iuris tantum* se hará efectivo a través de acciones de estado y de la rectificación de los asientos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En aquellos supuestos en que las inscripciones sean conformes a las presunciones o a sus excepciones legales, corresponderá plantear la acción de estado respectiva a los efectos de desplazarlas; cuando las disposiciones no estén de acuerdo al régimen presencial, será suficiente solicitar la

(<sup>108</sup>) GUASTAVINO, Elías P., *Las presunciones tácitas en el derecho privado*, en J. A., 1965-VI, sec. doctr. 15 y ss., Nº 6.

(<sup>109</sup>) *Idem*.

rectificación de los asientos pero aplicando el artículo 71 del decreto-ley 8204/63 que exige intervención judicial, salvo previsión legal expresa o tácita.

**81. Vigencia del régimen de presunciones**

El régimen de presunciones se aplica a los nacimientos posteriores a la fecha de entrada en vigencia de la ley. Hacerlo jugar con respecto a los nacimientos anteriores significaría su retroactividad en contra de lo dispuesto por el artículo 3, segundo párrafo del Código Civil y de lo manifestado en la discusión parlamentaria. Puede esperarse, no obstante, que las modificaciones que entrañan para el sistema anteriormente vigente influyrán en las resoluciones judiciales en cuestiones que ya antes de la reforma se consideraban dudosas, como, por ejemplo, remitirse a la separación de hecho de los esposos para computar el término del artículo 250 sustituido o aceptar la evidencia científicamente comprobada de una mayor o menor duración del embarazo cuando no hacerlo conduzca a conclusiones absurdas o excluir de la presunción al segundo hijo habido por la mujer dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio, etcétera.

**C) PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL**

**82. La presunción de concepción durante el matrimonio**

La ley suprime el requisito de la concepción durante el matrimonio para los hijos que nacen después de él (arts. 240 y 245 del Código Civil sustituidos). No figuraba en los proyectos de Menem-Sánchez y Belluscio. Este expresa el fundamento de la omisión en encontrar inadecuada la presunción de concepción durante el matrimonio "ya que no resulta del todo trascendente el momento en que

ella se produjo si los padres son los cónyuges”<sup>(110)</sup>. Pero la suposición legal de que el hijo ha sido concebido pendiente el matrimonio es fundamental en los siguientes casos: a) nacimiento dentro de los 300 días de la disolución del vínculo por muerte o sentencia de nulidad del matrimonio; b) segundas nupcias de la madre; c) impugnación de la paternidad de los hijos nacidos dentro de los 180 días de las nupcias, hijos que han sido concebidos prematrimonialmente.

La presunción de concepción dentro del matrimonio como supuesto de la presunción de paternidad legítima de los hijos nacidos pendiente éste, también ha sido suprimida de la vigente legislación española (art. 116). Según Rivero Hernández esto tiene una trascendencia mayor que la meramente formal o doctrinal: en el derecho español, al margen de acepciones morales, “hijo matrimonial es el que puede ser atribuido legalmente a un hombre y una mujer casados entre sí, siendo indiferente para ello el momento de su concepción, con lo que no es ya requisito de la antes llamada legitimidad la procreación *dentro* del matrimonio, real o presunta”. Sostiene que esta es la orientación del derecho comparado del área cultural occidental “donde con rara unanimidad se prescindía del momento de la concepción para juzgar sobre la legitimidad del hijo de una pareja casada, no sólo en todos los cuerpos legales publicados en el s. XX (también en el BGB y otros de fines del s. XIX), incluido el *Codex Iuris Canonici*, ... sino incluso a través de la interpretación jurisprudencial de Códigos como el francés...”<sup>(111)</sup>.

No obstante, la duplicidad de presunciones figura expresamente para ese caso en legislaciones contemporáneas. El Código francés establece que el hijo ha sido concebido durante el período que se

<sup>(110)</sup> Reunión de expertos cit., Diario de Sesiones cit., p. 2280, segunda columna.

<sup>(111)</sup> RIVERO HERNANDEZ, *La filiación* cit., parágr. 4.

extiende del 300 día al 180 día incluido, antes de la fecha del nacimiento. La concepción se presume que ha tenido lugar en un momento cualquiera de este período, conforme al interés del hijo. Estas presunciones admiten prueba en contrario. En el artículo 312 dispone que “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido”. El artículo 231 italiano (original del Código de 1942 y no modificado posteriormente) dice: “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio”. En el Código de Familia de Bolivia, la presunción de paternidad legítima procede si opera la presunción de concepción durante el matrimonio por haberse producido el nacimiento después de los 180 días de la celebración y hasta los 300 de la disolución o anulación (arts. 178 y 179), con mayor facilidad para impugnar la paternidad de los nacidos dentro de los 180 días de las nupcias (art. 185).

En todas las legislaciones la concepción durante el matrimonio es decisiva para el hijo póstumo o el nacido después de la sentencia de nulidad del vínculo.

### **83. Enunciado de la presunción de paternidad matrimonial**

Según el artículo 243 “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos”. En términos estrictos, habiendo tomado como momento inicial el de la celebración del matrimonio, el enunciado de la presunción debió terminar con la palabra anulación. De esta manera, hubieran aparecido claros los elementos definitorios de la presunción: el nacimiento o la concepción dentro del matrimonio. Los otros dos supuestos considerados, el del divorcio y el de la separación conyugal de hecho, constituirían elementos de excepciones a la regla porque se trata de hijos nacidos después del matrimonio y durante su vigencia.

#### 84. Fuentes

El texto se basa en el último párrafo del artículo 241 y en el inciso 2º del artículo 242 del proyecto Menem-Sánchez y en el primer párrafo del artículo 245 del proyecto Belluscio. La redacción definitiva fue la propuesta por la Cámara de Diputados (¹¹¹-¹). La fuente extranjera es el artículo 116 del Código Civil español recién considerado.

Ampliando lo expuesto en el número anterior sobre la presunción de concepción durante el matrimonio, pueden señalarse otras legislaciones que han establecido como único punto de partida para el juego de la presunción de paternidad matrimonial, la fecha de celebración del connubio. El artículo 251, inciso 1º del Código Civil suizo así lo dispone, de igual manera que el artículo 201 del Código de Venezuela, en ambos casos extendiendo la presunción al hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución del vínculo (¹¹¹-²). Resulta del parágrafo 1591 del BGB. Asimismo el Código de Familia cubano presume que “son hijos de las personas unidas en matrimonio: 1) Los nacidos durante la vida matrimonial; 2) los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias” (art. 74). Recuérdese que el canon 1137 consagra que son legítimos “los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo” importando, por lo tanto, la concepción durante el matrimonio para los nacidos después de su extinción.

En forma indirecta establecen el mismo principio las legislaciones que reputan legítimos a los hijos nacidos dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio; por ejemplo la francesa (art. 314) y la italiana, cuyo artículo 233 dispone: “El hijo nacido antes de que hayan transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio es reputado legítimo si uno de los cónyuges o el

(¹¹¹-¹) Ver Diario de Sesiones cit., p. 7548 y ss.

(¹¹¹-²) Igualmente el artículo 361 del Código Peruano.

mismo hijo, no desconocen lo paternidad". El sistema es análogo en Austria (art. 138). También se consideran legítimos en el derecho de Dinamarca, Noruega y Suecia.

### 85. Fundamentos

Es una aplicación de la clásica fórmula pauliana *pater is est quem nuptiae demonstrant* vinculada con la concepción durante el matrimonio solamente para los hijos nacidos después de su disolución. Comporta una opción del legislador útil en la práctica y sólo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico, aunque le resulten inaplicables varias de las teorías formuladas sobre el fundamento de la presunción de paternidad legítima. Efectivamente, si la concepción se ha producido antes del matrimonio, no puede ser apoyada ni en la "accesión" ni en ninguna de las teorías basadas en la unión conyugal y deberes matrimoniales (fidelidad de la esposa, exclusividad de la cohabitación, autoridad y vigilancia del marido) ni en la admisión anticipada del hijo según la tesis voluntarista de Colin. Todas estas construcciones doctrinarias suponen la concepción durante el matrimonio.

Otras teorías necesitan ser confrontadas con la presunción de paternidad por el nacimiento posterior a las nupcias, en busca de una fundamentación que excede lo teórico para integrarse en la valoración y consecuencias del principio.

Rivero Hernández agrupa bajo la denominación de teorías sociológicas a un grupo de tesis que apelan a la seguridad jurídica, a la necesidad de reforzar la solidez de la familia que contribuye a la solidez social, al interés del hijo. Cita en particular a De Page para quien la presunción de paternidad legítima apoyada en la presunción de concepción durante el matrimonio constituye "una regla no sólo basada sobre un justo cálculo de términos medios, sino más bien una regla necesaria, ineluctable" y que afirma: "Es uno de esos *forfaits de technique réelle* a los que el Derecho con frecuencia debe recurrir para hacer la vida social posible y segura.

Es indispensable a veces sacrificar la verdad individual para alcanzar la seguridad social. Los riesgos de error son en todo caso mínimos. Se los desprecia. Debe prescindirse de ellos, pues, si no, todas las situaciones individuales se volverían inciertas, molestas, puesto que la demostración directa de la paternidad es imposible. Entre la verdad de excepción y la seguridad generalizada, no hay duda en la elección”<sup>(111-3)</sup>.

Para Raynaud, también mencionado por Rivero Hernández, “es la ley quien atribuye al marido la paternidad para asegurar la estabilidad y la seguridad de las familias, incluso si esa paternidad no corresponde a la verdad ni a la voluntad del marido”<sup>(112)</sup>. Esta clase de consideraciones pueden extenderse a la presunción de paternidad de quien asume el estado jurídico de tal en virtud de un matrimonio celebrado cuando ya el hijo está en gestación, los hechos cotidianos proporcionan de ello demasiado frecuentes ejemplos, y que es efectivamente suyo, de manera que la finalidad social perseguida no desdice de la realidad biológica.

También resulta aceptable la teoría particular de Rivero Hernández, que denomina “de la cohabitación causal” y que él mismo extiende a los dos supuestos de concepción dentro y fuera del matrimonio. Dice así: “En todos los casos en que entra en juego la presunción *pater is est*, hay subyacente una cohabitación presunta: cuando la concepción cae dentro del matrimonio y éste se desarrolla en condiciones jurídicamente normales, la cohabitación entre marido y mujer es no sólo una presunción de hecho, cosa normal en el matrimonio, sino consecuencia de un deber matrimonial. . . . Cuando la época de la concepción es antematrimonial, la cohabitación no puede tener la misma base: ahora se deduce de la actitud del presunto padre, quien al desposar una mujer ya encinta, indica con tal comportamiento —máxime si conocía el estado de

<sup>(111-3)</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Nº 83.

<sup>(112)</sup> Ver RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción cit.*, Nº 83 y sus notas 81 y 88.

gestación, o le impuso su apellido al niño, o tuvo algún otro gesto equivalente— su decisión o voluntad de asumir las consecuencias de un hecho pasado, que no puede ser otro que una cohabitación o relaciones sexuales habidas con la madre, que admite, confiesa implícitamente; y es esa cohabitación en cuanto hecho objetivo, y no aquella voluntad, dato subjetivo, lo que debe ser trascendente para el derecho” (<sup>113</sup>).

En síntesis, la presunción de paternidad matrimonial basada en el nacimiento después de las nupcias o en la concepción durante el matrimonio para el supuesto de los nacidos dentro de los 300 días de la disolución, satisface el interés social de protección de la familia constituida, el interés del nacido, está generalmente de acuerdo con la realidad biológica de paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o pendiente el mismo. Es valiosa desde el punto de vista ético como consecuencia de los deberes conyugales o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial. La falta de cohabitación justifica que el nacimiento posterior a los trescientos días que siguieron a la disolución del matrimonio o al divorcio o a la separación de hecho, no comporte la presunción de paternidad del marido ya que es imposible o cabe suponer que no se ha dado conforme a las circunstancias. A su vez, se justifica también que el régimen de impugnación de la filiación matrimonial sea más accesible para el supuesto del nacido en consecuencia de una procreación anterior al matrimonio.

“La presunción de paternidad legítima, si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo”. Tales son acertadas opiniones de Zannoni y Bossert (<sup>114</sup>).

(<sup>113</sup>) *Idem*, Nros. 96 y ss., el texto transcripto figura en el Nº 98.

(<sup>114</sup>) BOSSERT - ZANNONI, *Hijos...* cit., p. 246.

Debe destacarse que las consideraciones favorables a la determinación de la presunción de paternidad por el nacimiento posterior a las nupcias se apoyan fundamentalmente en la realidad biológica, que queda fija en el engendramiento del hijo: padre es el que engendró.

Por último, no es absurdo preguntarse si la norma considerada es verdaderamente novedosa en la legislación argentina o si, por el contrario, siempre fue reputado legítimo el hijo nacido después del matrimonio, cuestión que suscitó importantes aportes doctrinarios y que el artículo 243, vigente, resuelve claramente cuando califica como legítima la filiación del hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración de matrimonio (<sup>115</sup>).

#### **86. Hijos nacidos después del matrimonio**

Los requisitos para que opere la presunción de paternidad matrimonial son dos, a saber, la filiación materna debidamente acreditada y el matrimonio válido o putativo de la madre. El título de la filiación materna queda constituido por la inscripción del nacimiento de acuerdo al artículo 242 y puede faltar tanto si se ha omitido como si el hijo ha sido inscripto como de madre desconocida. Cabe, entonces, la acción de reclamación del artículo 254.

#### **87. Supuestos de matrimonio viciado.**

Al no existir norma derogativa ni modificatoria al respecto, es preciso remitirse a los artículos pertinentes de la ley 2393 conciliándose con el régimen vigente de filiación.

(<sup>115</sup>) Ver la opinión de GROSMAN, *op. cit.*, parágr. 20, b) y los antecedentes que menciona.

### **88. Matrimonio putativo**

En caso de matrimonio putativo con ambos contrayentes de buena fe, el artículo 87 de la ley 2393<sup>1</sup> dispone que los hijos concebidos durante el matrimonio se considerarán legítimos y los hijos naturales concebidos antes del matrimonio quedan legitimados (incisos 3º y 4º). Dada la pauta vigente del nacimiento después del matrimonio y la supresión de la legitimación, ha de entenderse que los hijos nacidos después del matrimonio putativo, gozan de la presunción de paternidad matrimonial. Se superan las graves dificultades a que daba lugar el inciso 4º del artículo 87 citado y se arriba a una conclusión armónica con su párrafo introductorio “Si el matrimonio nulo hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido”.

Análoga conclusión y razonamiento caben para la hipótesis de matrimonio viciado celebrado con un solo contrayente de buena fe, “el matrimonio hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, producirá también los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe y a los hijos...” (art. 88, párrafo introductorio).

### **89. Matrimonio nulo. Matrimonio inexistente. Matrimonio carente de eficacia dentro del territorio argentino**

Por el contrario, los hijos nacidos después de un matrimonio viciado celebrado con ambos contrayentes de mala fe, carecen del goce de la presunción de paternidad matrimonial, no por aplicación del inciso 3º del artículo 89 que debe considerarse tácitamente derogado por cuanto no subsiste la categoría de hijos ilegítimos y las distintas especies de ellos a que dicha norma alude, sino porque faltaría el requisito del matrimonio de los progenitores. En efecto, el apartado primero preceptúa “la unión será reputada concubinato”.

Es obvio que se encuentran en idéntica situación los hijos de la pareja que pretendió unirse celebrando un matrimonio inexistente (art. 14 de la ley 2393) o un matrimonio en el extranjero que carece de eficacia dentro del territorio nacional, por ejemplo, por subsistir el impedimento de ligamen para la ley argentina.

En derecho extranjero vigente se establece la matrimonialidad de los hijos de un matrimonio nulo. El artículo 202 del Código Civil francés en su redacción de 1972, dispone que el matrimonio nulo produce efectos con respecto a los hijos aunque ninguno de los cónyuges hubiese obrado de buena fe, siendo el régimen de su tenencia el mismo que corresponde a los hijos de divorciados. Aclaran Marty y Raynaud que su situación es en todo análoga a la de estos hijos, que gozan de derechos sucesorios con respecto a los padres como si fueran hijos legítimos y que, incluso, si la causal de nulidad fue el vínculo subsistente, es decir, en caso de bigamia, no están sometidos a las limitaciones de derechos que afectan a los hijos habidos en adulterio (<sup>116</sup>). En esto reside la diferencia entre la legislación francesa y la italiana contemporánea: el artículo 128 italiano en sus dos últimos párrafos establece: "El matrimonio declarado nulo contraído de mala fe por ambos cónyuges, tiene los efectos del matrimonio válido respecto a los nacidos o concebidos durante el mismo, salvo que la nulidad dependa de bigamia o incesto. En la hipótesis precedente, los hijos con respecto a los cuales no se verifican los efectos del matrimonio válido, tienen el estado de hijos naturales reconocidos, en los casos en que se admite el reconocimiento". Según el último párrafo del artículo 127 del Código Civil de Venezuela "si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos". El también último párrafo del artículo 92 del Código de la Familia de Bolivia expresa: "En cualquier caso, el matrimonio anulado surte efectos con relación a los hijos".

(<sup>116</sup>) MARTY y RAYNAUD, *op. cit.*, N° 123 bis.

La solución es la misma en el Código suizo (art. 133), el de Familia de Costa Rica (art. 66), el código civil alemán federal (parágr. 1591), el mexicano federal (art. 265). Conforme al art. 79 del Código español, la declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos.

La postura de estas legislaciones no es la más acertada aunque hayan disminuido al mínimo las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales siempre que para investir la primera cualidad sea preciso el matrimonio. El que se ha contraído con conciencia del vicio que lo aquejaba en términos de mala fe, siendo considerado por la ley como no matrimonio, es inepto para determinar una filiación matrimonial. La contradicción es evidente. Además, conferir la matrimonialidad a los hijos importaría un alicente para que violen la ley aquellos que se saben impedidos de contraer matrimonio, configurando siempre un ilícito civil y en ciertos casos un delito penal (art. 134 del Código Penal). Se ha hecho notar también por Mazzinghi y Belluscio que no puede ubicarse en mejor situación al hijo de un matrimonio nulo que al hijo de un concubinato. Escribe el primero: "La atestación del matrimonio realizada por quienes saben que el aparente vínculo que contraen está condenado por una causa de nulidad que lo afecta, no merece un tratamiento más favorable que el que corresponde a quienes se unen abiertamente en concubinato. Tal conclusión implicaría reconocer algún mérito a las uniones celebradas en fraude a la ley argentina que, aparte de constituir un hecho moralmente negativo, implican una violación del orden público familiar" (<sup>117</sup>).

(<sup>117</sup>) MAZZINGHI, *op. cit.*, T. I, Nº 152; BELLUSCIO, *Tratado cit.*, T. II, Nº 471 (con muy completos datos de derecho extranjero); Borda se pregunta si no sería más justo considerarlos legítimos, *op. cit.*, T. II, Nº 221; Spota lo propone de *lege ferenda*: "deberá establecerse que el matrimonio inválido, pese a la mala fe de ambos contrayentes, no perjudica a los hijos" (SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Vol. 11, Buenos Aires, 1962, p. 975).

Los hijos de matrimonios viciados con mala fe de ambos contrayentes quedan emplazados en la filiación materna extramatrimonial dado el parto y la inscripción del nacimiento de acuerdo al artículo 242 y en la extramatrimonial paterna por el reconocimiento que implica, por parte del padre, la declaración ante el oficial público de que el hijo es suyo formulada al solicitar dicha inscripción. Faltando su manifestación, porque el nacido fue inscripto por la madre o por un tercero, queda a favor del hijo la posibilidad del reconocimiento formalizado por otro medio o el ejercicio de la acción de reclamación para lo cual contará con la presunción de paternidad del concubino (art. 257) corroborada por la reputación de concubinato del matrimonio nulo (art. 89, primer apartado, ley 2393) (<sup>118</sup>).

Los hijos de matrimonios carentes de eficacia dentro del territorio argentino son generalmente inscriptos a nombre de uno y otro progenitor quedando emplazados en la filiación extramatrimonial con doble vínculo. También es aplicable la presunción de paternidad del concubino, siendo de fácil demostración el concubinato.

#### 90. Hijos nacidos dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio por muerte del marido

La trascendencia única e ineludible de la concepción durante el matrimonio obliga a reputar matrimoniales a los hijos póstumos que nacen dentro de los 300 días de la muerte del marido ya que,

(<sup>118</sup>) Escribiendo antes de la reforma, BOSSERT y ZANNONI entendían que, por la mala fe de ambos cónyuges, cae la legitimidad pero sin que se desvirtúe la presunción de paternidad. "Debemos tener presente, enseñan, que ésta se traduce en la dispensa de probar la paternidad, por lo cual, como apunta la doctrina francesa, la retroactividad de la sentencia de nulidad no puede impedir que de hecho los convivientes hayan asumido la ley, debiendo por ende mantenerse la presunción de paternidad del falso marido": *op. cit.*, com. al art. 245, parágr. 8-A. En la actualidad, el supuesto quedaría cubierto con la presunción de paternidad del concubino de la madre.

cubriendo ese lapso la máxima duración de la gestación (art. 77), debe presumirse que el nacido fue engendrado por aquél.

El carácter *iuris tantum* de las presunciones implicadas permite resolver sin dificultad el hipotético caso de dos nacimientos sucesivos durante el término de los 300 días; sin duda sólo el primero es atribuible al difunto.

Es un precepto común en derecho extranjero (art. 201 del Código de Venezuela; 179 del boliviano de familia; 231 y 232 italiano; 116 español; 361 peruano; 74, 2, Código de familia de Cuba, etc.).

**91. Hijos nacidos dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio por sentencia de nulidad del matrimonio putativo**

El fundamento de la extensión de la presunción es también la concepción durante el matrimonio. La hipótesis debe necesariamente vincularse con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 243 sobre la interposición de la demanda de anulación del matrimonio.

**92. Hijos nacidos dentro de los trescientos días de la sentencia de divorcio o de la separación de hecho de los cónyuges**

A diferencia de los mencionados en los dos párrafos anteriores, estos hijos nacen vigente el matrimonio de sus progenitores. El fundamento es siempre la concepción vigente, el connubio y la normal convivencia conyugal. Para el supuesto de divorcio, téngase en cuenta el segundo párrafo del artículo 243.

**93. Hijos nacidos después de los 300 días de la muerte del marido o de la sentencia de nulidad del matrimonio putativo**

Los hijos nacidos después de los 300 días del fallecimiento del cónyuge o de la sentencia de nulidad del matrimonio putativo quedan fuera de los dos extremos fijados en el artículo 243: han naci-

do después de la extinción del matrimonio y más allá de los 300 días de haberse producido ésta.

Es precepto paralelo al que atribuye al marido la paternidad de los hijos nacidos dentro de los 300 días de los eventos indicados. Surge, por lo tanto, de la norma que establece este principio en numerosas legislaciones extranjeras (por ejemplo, en el art. 201 venezolano; art. 116 español). En otras se enuncia expresamente: Francia (art. 315: "La presunción de paternidad no se aplica al hijo nacido después de los 300 días después de la disolución del matrimonio..."), Italia (art. 234 primer párrafo), admitiendo la prueba en contrario; Costa Rica (art. 75: "El hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio... se tendrá como habido fuera del matrimonio, salvo prueba en contrario").

En derecho argentino no debe olvidarse el carácter *iuris tantum* de las presunciones por lo que cabe también la demostración en contra.

#### D) EXCEPCIONES A LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Técnicamente, la presunción de paternidad matrimonial se estructura sobre el nacimiento posterior a las nupcias o acaecido dentro de los trescientos días de su disolución. Por lo tanto, cuando la ley dispone que no existe en supuestos de hijos nacidos pendiente el matrimonio está, en verdad, configurando excepciones a la misma. Es conveniente encararlos desde este enfoque ("excepciones") para clarificar sus condicionamientos dentro del enunciado de la presunción de paternidad del marido.

Dichas excepciones consisten en el nacimiento después de los 300 días de la sentencia de divorcio, de la presentación de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho de los esposos.

**94. Hijos nacidos después de los 300 días de la sentencia de divorcio**

La excepción se deduce interpretando a *contrario sensu* el primer párrafo del artículo 243 que reputa hijos del marido a los nacidos dentro de los 300 días de la sentencia de divorcio. Su enunciación expresa era doblemente innecesaria, por la lógica de lo recién expresado y, además, porque se encuentra cubierto el supuesto por la excepción prevista en el segundo párrafo del citado artículo, siendo obvio que la sentencia de divorcio ha sido precedida por el juicio correspondiente. En el artículo 245 se menciona la falta de presunción por separación legal, caso que no puede sino ser el aquí tratado.

**95. Hijos nacidos después de los 300 días de la separación de hecho de los esposos**

Igualmente se deduce la excepción interpretando a *contrario sensu* el primer párrafo del artículo 243 en cuanto reputa hijos del marido de la madre a los nacidos dentro de los 300 días de la separación de hecho de los esposos. Ergo, la presunción no alcanza a los nacidos después de ese lapso. También el artículo 245 menciona la falta de presunción por separación de hecho.

**96. La separación conyugal de hecho en el Código Civil argentino**

Vélez Sársfield incluyó la separación conyugal de hecho sin voluntad de unirse entre las causales de exclusión hereditaria conyugal conforme al artículo 3575, texto completado posteriormente por la ley 17.711. Durante mucho tiempo constituyó esa la única mención de la figura en la legislación civil. La ley 19.134 la tomó en consideración en el artículo 8, c) entre los supuestos en que una persona casada no necesita el asentimiento de su cónyuge para adoptar, reproduciendo un precepto que figuraba en la ley 13.252. Por fin, la ley 17.711 introdujo un efecto sancionador patrimonial sobre el culpable de la situación fáctica en el último

párrafo del artículo 1306, privándolo de participar en los gananciales adquiridos por el inocente posteriormente a la interrupción de la convivencia conyugal. Tanto la redacción original del artículo 250 como la posterior a la ley 17.711 invocaban la separación, en la primera incluso calificándola con la expresión “se realizó de hecho” y fue frecuentemente interpretado como aludiendo a la interrupción de la convivencia sin intervención judicial.

La excepción a la presunción de paternidad matrimonial sancionada por la ley conforma una novedad absoluta en materia de derecho positivo y le confiere un nuevo rasgo de eficacia jurídica de suma importancia, que se completa con la consideración del supuesto en materia de autoridad de los padres (arts. 264, 2º y 271 según la ley 23.264).

#### **97. Separación de hecho y filiación. Antecedentes**

El texto propuesto por Belluscio en su artículo 245 es, en esta parte, idéntico al vigente. El proyecto Menem-Sánchez también excluía la presunción de paternidad matrimonial por el nacimiento después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges si el hijo había sido reconocido o declarado tal de un tercero. Fue igualmente propiciada por Grosman (<sup>(119)</sup>). El texto aprobado por el Senado, agregaba a la separación de hecho la expresión “sin voluntad de unirse” suprimida en la sanción de la Cámara de Diputados y en la redacción definitiva de la ley.

La admisión de la acción de desconocimiento de paternidad por separación de hecho es patrimonio común en el derecho argentino proyectado porque aparece en el anteproyecto de Bibiloni, el proyecto de 1936 y el de 1954. En efecto, en el inciso 3º del artículo 445 del Anteproyecto de 1936 se dispone que el marido podrá desconocer su paternidad cuando el período de la concepción coincida con el de la separación efectiva si hubiere mediado separación de hecho, sin necesidad de otra prueba; el artículo 508

(<sup>119</sup>) GROSMAN, *op. cit.*, cap. VI, Nº 29 y ss.; su presentación a la Cámara de Senadores, Diario de Sesiones del Senado cit., p. 2292 y ss., Nº 2.

del Anteproyecto de 1954 bajo el título “Liberación de la prueba del desconocimiento” propone que “El padre podrá, sin necesidad de otra prueba, desconocer la legitimidad del hijo, concebido durante la separación de los esposos, judicial o de hecho...” El Anteproyecto de Bibiloni es más amplio porque propicia que a pedido de cualquier persona que tenga interés actual en ello, el juez declare la ilegitimidad del hijo en caso de separación de hecho o abandono del hogar si el período de la concepción coincide con el de la separación efectiva (art. 5 y 10).

En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) se aceptó de *lege ferenda* la siguiente recomendación: “La mera separación de hecho de los cónyuges no debe constituir un supuesto en que se extinga la presunción de paternidad del marido de la madre...”<sup>(119-1)</sup>.

La confrontación de estos antecedentes más remotos con los inmediatos de la norma actual ofrece claramente la dicotomía planteada sobre la trascendencia de la separación de hecho con respecto a la filiación del hijo de la esposa: admitir el ejercicio de la acción de impugnación, con mayor o menor amplitud en cuanto al titular o, más directamente, suprimir la presunción de paternidad matrimonial. La jurisprudencia y doctrinas argentinas exemplificaron la opción y tanto se ha aceptado la improcedencia de dejar de lado la presunción de paternidad legítima por el nacimiento posterior a los 300 días de la separación de hecho, como expresado distintas opiniones sobre que ésta pudiera configurar la imposibilidad del marido de tener relaciones íntimas con su mujer, exigida por el sustituido artículo 246 o, finalmente, polemizado durante las sucesivas redacciones del artículo 250, sobre si la separación a que se refería era la meramente táctica o aquella en que hubiera mediado intervención judicial. Particularmente llamativo era el su-

(119-1) Firmaron este despacho los Dres. Crespi, Ocampo, Méndez Costa, Paz, Uriarte, Mellado, Malespina, Ferrer, Bossert, Gayoso Druille, García, di Lella, Fernández Arancibia. Por minoría, en sentido opuesto, se pronunciaron Belluscio, Vidal Taquini, Bruno, Di Candia, D'Ambrosio.

puesto de hijo concebido por la esposa durante la separación de hecho que ostentaba el título de estado de hijo legítimo del marido por la sola inscripción del nacimiento con el nombre de la madre y cuyo verdadero progenitor pretendía reconocer o, en caso contrario, el hijo en las mismas circunstancias que se inscribía con el nombre de ambos progenitores sin mencionar el verdadero estado civil de la madre (<sup>120</sup>).

La propuesta de *lege ferenda* de supresión de la presunción ha sido también sugerida por Morello (<sup>121</sup>).

#### 98. Fundamento de la excepción

El principal fundamento de la exclusión de presunción de paternidad matrimonial por el nacimiento después de los 300 días de la separación de hecho reside en la correspondencia que logra entre la realidad biológica y la situación jurídica del hijo. Desde el punto de vista lógico, se apoya en la desaparición de la razón de ser de la presunción, la cohabitación causal de los cónyuges: faltando por la inexistencia de convivencia matrimonial, debe cesar la suposición de que el hijo de la mujer fue engendrado por el marido.

Sobre estos argumentos se ha explayado Morello, destacando la desarmonía entre gozar de derechos y deberes con respecto a un extraño, el marido de la madre, y carecer de ellos por falta de vínculo jurídico con quien es verdaderamente padre y a cuyo respecto ni siquiera puede aplicarse el impedimento matrimonial (<sup>122</sup>).

(<sup>120</sup>) Ver MORELLO, Augusto Mario, *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, 1961, cap. IX; KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, 1978, cap. III; GROSMAN, recién cit. y *Un conflicto de paternidad: el reconocimiento de un tercero frente a la presunción de paternidad del marido*, en L. L. 1979-A, 765; y BOSSERT - ZANNONI, *Hijos...* cit., com. al art. 246, parágr. 11; com. al art. 245, parágr. 5 y 6, com. al art. 250, *passim*.

(<sup>121</sup>) MORELLO, *op. cit.*, Nos. 85 y 89.

(<sup>122</sup>) *Idem*, cap. cit.

Belluscio afirma que "la presunción de paternidad del marido de la madre se funda en lo que es habitual y lógico: que la mujer casada mantenga relaciones sexuales exclusivamente con su cónyuge", y que "por lo tanto, corresponde excluir esa presunción en todos los casos en que no pudiera considerarse razonable su mantenimiento, sin necesidad de imponer la deducción de acción alguna" (<sup>123</sup>). Grosman, a su vez, opina que: "Sin vida en común, la idea de que los hijos de la mujer tienen por padre al marido se convierte en una ficción" (<sup>124</sup>).

En el debate parlamentario el senador Brasesco calificó de "desvalioso presumir la paternidad del marido que fácticamente no ha cohabitado con su mujer en la época legal de la concepción", el senador Menem sostuvo la lógica de la falta de presunción porque si ésta "reside en el presupuesto de la cohabitación, en el caso de separación de hecho falta ese presupuesto básico y, por consiguiente, se lo equipara al supuesto de divorcio, nulidad y disolución" y la senadora Rivas afirmó que la norma "da respuesta a una realidad social" aludiendo a las separaciones de hecho que se prolongan durante años sin promoción del juicio de divorcio.

Ahora bien, es necesario confrontar estas argumentaciones con la valorización que corresponde a la separación fáctica que, precisamente por ser situación de hecho, carece de la envergadura necesaria para alterar el régimen matrimonial (<sup>125</sup>), que además, es evidentemente ilícita por violatoria del deber de cohabitación. Atribuirle consecuencias jurídicas es un despropósito, atenuando cuando esas consecuencias son sancionadoras para el culpable como en los aspectos patrimoniales e incluso en la inexigencia de asentimiento cuando uno desea adoptar. Pero en materia de filiación, el efecto ahora admitido recae sobre quien es ajeno a la separación, el hijo, no siendo exactamente lo mismo disfrutar del

(<sup>123</sup>) BELLUSCIO, Augusto César, *«Acción de desconocimiento de la paternidad entablada por el propio hijo»* en L. L., 1979-B, 426 y ss., Nº 10, a).

(<sup>124</sup>) GROSMAN, *Acción de impugnación cit.*, parágr. 29 in fine.

(<sup>125</sup>) MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 508.

estado de hijo matrimonial que del de extramatrimonial, aunque la diferencia esté reducida a su mínima expresión. Mas es cierto también que el *favor legitimatis* consagra una grave colisión con la realidad biológica y conlleva una carga ética negativa haciendo soportar al marido los resultados de la infidelidad de su esposa, ello al margen de que sea él el culpable de la interrupción de la convivencia. Este es el aspecto más delicado de la separación de hecho, por la dificultad que encierra discernir cuál de las dos posiciones es más favorable al interés social y al bien común. La experiencia jurisprudencial argentina demostró que la desarmonía entre la realidad biológica y la norma legal era conflictiva y reclamaba soluciones: pudo optarse entre erigirla en causal de impugnación de la paternidad matrimonial o en excluyente de la presunción. El legislador se inclinó por lo segundo, lo más drástico aunque sólo aparentemente lo más sencillo.

Efectivamente, la problemática de la aplicación de la norma es compleja. La ley no define la separación de hecho. Es preciso delimitarla conceptualmente y, lo más engoroso, probarla y establecer en cada caso concreto el comienzo del término de 300 días. La interpretación de la excepción a la presunción de paternidad matrimonial está abierta al aporte doctrinario y jurisprudencial. Nuestra interpretación se expone en los números siguientes.

#### **99. Requisitos**

La separación de hecho ha de constituir una interrupción voluntaria, al menos de parte de uno de los cónyuges, de la normal convivencia. Los artículos 243 y 245 no la califican ni apelan a la distinción entre cónyuge inocente y culpable, quedando desplazadas la problemática del artículo 3575 con respecto a ambos extremos, la del artículo 1306 con respecto a la culpabilidad o inocencia y la del precepto de la ley de adopción sobre la voluntad de unirse, pero ello no significa que la separación de hecho tenida

en cuenta por el legislador de 1985 sea asimilable a un cese de la cohabitación determinado por razones ajenas a la decisión de substraerse a los deberes conyugales. Las razones de fuerza mayor (enfermedad - trabajo) que obliguen a la residencia separada no la configuran, sin perjuicio de que puedan fundar la impugnación de la paternidad atribuida al marido que las invocara para justificar "que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen" (art. 258). Para que opere la excepción implícita a la presunción, es indispensable que la situación fáctica encuadre en el concepto que a la expresión "separación de hecho" se da en unánime doctrina y que Kemelmajer de Carlucci enuncia en términos de la situación en que se encuentran los esposos cuando "sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos" (<sup>126</sup>).

El segundo requisito reside en la prueba de la separación y de su fecha, circunstancias de por sí imprecisas y de difícil demostración.

#### **100. Consecuencias**

El análisis de las consecuencias posibles debe efectuarse teniendo en cuenta los artículos 243 y 245, el régimen de impugnación de la paternidad matrimonial y el artículo 71 del decreto-ley 8204/63. Son imaginables tres supuestos.

a) *El hijo se inscribe a nombre de la madre presentándose la prueba de su matrimonio.* La cuestión es compleja como se puso en evidencia en la reunión de expertos. Por una parte, no hay presunción de paternidad del marido porque el hijo nació después de 300 días de la separación de hecho, de manera que sería suficiente la rectificación de la inscripción conforme al artículo 71 del decreto-

(<sup>126</sup>) KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*, p. 3.

ley 8204/63 con intervención judicial. Por otra, el artículo 258 extiende la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a los hijos nacidos después del matrimonio o dentro de los 300 días de su disolución o anulación, quedando comprendido el supuesto analizado en el primer extremo indicado. La redacción de Diputados era de distintos alcances porque limitaba la acción impugnadora, además de a las hipótesis incluidas por el Senado, al nacido dentro de los 300 días del divorcio o la separación de hecho con lo que no alcanzaba a los nacidos después de estos términos.

Las conclusiones de admitirse una u otra tesisura son distintas.

a) De la primera (simple rectificación de la inscripción por no haber presunción de paternidad matrimonial) se deducen las siguientes consecuencias.

a 1. *Rectificación de la inscripción a solicitud del marido de la madre.* Tendrá que demostrar la separación de hecho y su duración por más de 300 días anteriores al nacimiento. La madre y el hijo serán partes del procedimiento sumario con intervención del Ministerio de Menores. Los demandados deberán demostrar que, no obstante la separación de hecho, hubo relaciones íntimas entre los esposos a la época de la concepción, o pruebas biológicas de la paternidad del marido.

De ninguna manera sería posible aceptar un trámite ajeno a la participación de la madre y el hijo con todas las garantías de defensa en juicio.

a 2. *La madre que no hubiera efectuado personalmente la inscripción del nacimiento.* Está facultada, entonces, a solicitar la rectificación de la inscripción aplicándose lo dicho anteriormente, *mutatis mutandi*. Es verdad que aparece así invocando su adulterio pero pareciera que la disposición legal la faculta a ello ya que excluye la presunción.

a 3. *El padre extramatrimonial del hijo.* No puede proceder a reconocerlo mientras se encuentre vigente la inscripción a favor

de la filiación matrimonial. Es hábil para solicitar la rectificación de la inscripción de manera que cese de aplicarse la presunción de paternidad matrimonial mediante la demostración de la separación de hecho. Serán sujetos pasivos la madre, su marido y el hijo. La situación es profundamente delicada por lo privado de la situación fáctica de los esposos, aun ante el legítimo interés del verdadero progenitor. Belluscio expresó en la reunión de expertos convocada por el Senado: "...si no se presume la paternidad del marido en caso de separación de hecho, cualquiera puede alegar que no rige la presunción y, demostrando la separación de hecho, probar que el hijo no es del marido". La misma opinión fue sustentada por Fleitas y Bossert (<sup>127</sup>).

*a 4. Otros interesados.* Lo serían, por ejemplo, los ascendientes del marido llamados a sucederlo si no existen descendientes. Su derecho a hacer valer la separación de hecho fue aceptado en el debate de la reunión de expertos. Serían admitidos a solicitar la rectificación de la inscripción después de la muerte del marido por actualizarse recién entonces su interés.

*a 5. Crítica.* Todas las conclusiones sugeridas son criticables por la extrema facilidad que de ellas se desprende para lo que es, en esencia, una auténtica impugnación de la paternidad matrimonial (<sup>128</sup>). Deben completarse, de ser aceptadas, con elementos extraídos de su valoración a la luz de criterios conducentes a la seguridad de la situación jurídica de las personas, y a la protección de las relaciones de familia. Estaría perfectamente justificado que el juez requerido para autorizar la rectificación de las inscripciones en el Registro, imprima al trámite el procedimiento ordinario y aplique analógicamente lo propio de una acción de impugnación de la filiación.

(<sup>127</sup>) Diario de Sesiones del Senado *cit.*, p. 2285, 2<sup>a</sup> columna.

(<sup>128</sup>) En los proyectos Menem-Sánchez y Belluscio se incluían otras normas que hubieran permitido matices distintos en la solución de los problemas.

β) De la segunda tesisura (procedencia de la acción de impugnación de la paternidad porque el hijo ha nacido “después del matrimonio” conforme a lo preceptuado para aquélla por el artículo 258), se desprende la aplicabilidad de todo el régimen de dicha acción, cuya titularidad alcanza sólamente al marido y al hijo.

Esta solución es más valiosa si bien comporta prácticamente la ineeficacia de la falta de presunción reduciendo la separación de hecho a uno de los supuestos invocables por el marido para demostrar que no es el padre del hijo en cuestión. Es además, la conclusión que se desprende textualmente del artículo 258, que debe privar por sobre las opiniones vertidas en la preparación de la ley.

b) *El hijo se inscribe a nombre de la madre sin mención de su matrimonio.* Al marido le será suficiente con pedir la rectificación del asiento adjuntando la prueba del matrimonio, con el trámite del artículo 71 del decreto-ley 8204/63. Admitir a la madre a invocar y probar la separación de hecho equivaldría a reconocer su personería para impugnar la paternidad matrimonial, lo que la ley no acepta. Distinto es el caso del hijo, que sí debe intervenir en el trámite judicial (<sup>128-1</sup>).

Mientras no se haya efectuado esta rectificación, el hijo puede ser reconocido por el tercero que se diga su progenitor. Dado el reconocimiento, el marido tendría que impugnarla para solicitar posteriormente la rectificación de la primitiva inscripción (art. 252 por analogía). A la inversa, una vez rectificada a favor de la paternidad del marido la inscripción originaria, el tercero no es admitido al reconocimiento porque carece de aptitud para la previa impugnación de la filiación que ostenta (art. 250).

c) *El hijo es inscripto de acuerdo al artículo 245.* Esto es, la inscripción del nacimiento se efectúa a nombre de ambos esposos con su consentimiento. El efecto de esta inscripción es el de restablecer la presunción excluida por el nacimiento posterior a los

(<sup>128-1</sup>) Ver infra, para el caso del hijo, Nº 181, b'.

300 días de la separación de hecho. El hijo queda emplazado en el estado de hijo matrimonial, sujeto a la impugnación de ésta sin que ni el padre ni la madre sean admitidos a volver sobre su decisión.

d) Es discutida la procedencia de una acción independiente de declaración de la separación de hecho en cuestiones patrimoniales. Menos es aceptable en cuestiones de filiación, de manera que la demostración de la separación de hecho o de las circunstancias en contra, encontrarán ocasión de plantearse y resolverse una vez exteriorizado el conflicto en virtud de las inscripciones en el Registro Civil o, igualmente, cuando se quisiera hacer valer el estado que no corresponde con la verdad biológica.

#### **101. Legislación extranjera**

La cesación de la presunción de paternidad matrimonial por separación de hecho de los cónyuges no ha sido aceptada en forma expresa por la mayoría de las legislaciones, incluidas las más recientes, aunque se puede notar una marcada inclinación a darle la trascendencia que califica Grosman, de "neutralizadora" de la presunción (<sup>129</sup>).

Ese conjunto de las legislaciones actuales permite el agrupamiento que se esboza a continuación (<sup>130</sup>), en un orden progresivo del máximo al mínimo efecto reconocido a la separación fáctica.

Un primer grupo estaría formado por las legislaciones que excluyen la presunción por separación de hecho de los cónyuges: el Código español que considera hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los esposos (art. 116).

En un segundo grupo se ubicaría el Código Civil alemán en el

(<sup>129</sup>) Ver GROSMAN, *Acción de impugnación cit.*, p. 86.

(<sup>130</sup>) Confr. con la obra recién cit., paragr. 29, e).

que la exclusión de presunción se presenta sin emplear la expresión “separación de hecho” pero quedando incluida en la falta de cohabitación conyugal durante la época de la concepción (parágrafo 1591, ap. 1, 1er. párrafo).

En un tercer grupo irían aquellas legislaciones que disponen la excepción dependiendo de otro requisito que corrobore su fundamento: el Código de la Familia de Costa Rica, cuyo artículo 71 establece que “Se tendrá por hijo habido fuera del matrimonio al que nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido”; el artículo 313-1 francés que dispone “La presunción de paternidad es dejada de lado cuando el hijo, inscripto sin indicación del nombre del marido, sólo tiene posesión de estado con respecto a la madre”. La doctrina francesa interpreta que este precepto comporta la decisión del legislador de tomar en consideración a la separación de hecho y señaló desde un principio sus ventajas pero también sus inconvenientes por las dificultades que acarrea demostrar, ya no sólo la separación de los cónyuges, sino también la falta de posesión de estado, aunque ambas se vinculen estrechamente (<sup>131</sup>).

En un grado de menor repercusión, la separación de hecho integra el elenco de causales para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial: en Bolivia puesto que entra dentro de la genérica expresión “demostrando por todos los medios de prueba que (el marido) no puede ser padre” del hijo (art. 187), en Suiza porque el nacido puede ser desconocido por el marido de la madre en forma simple con la sola prueba de las fechas de la separación y del nacimiento si la vida en común de los esposos se encontró suspendida durante la época de la concepción (art. 258, b), en Venezuela porque el marido está habilitado para demostrar en juicio que en el mismo período “vivía separado” de su esposa (art. 201). Es esta la ubicación que corresponde al

(<sup>131</sup>) COLOMBET, *op. cit.*, Nos. 96 y ss.

Código italiano porque entre los supuestos de procedencia de la acción de desconocimiento de paternidad, pone la no cohabitación de los esposos durante la época de la concepción (art. 235, 1º). La figura de la separación consensual con homologación judicial que determina la no operatividad de la presunción de paternidad del marido cuando el nacimiento se ha producido después de 300 días de su fecha, conforme al artículo 232 de este Código, es distinta de la mera separación fáctica y, en todo caso, se aproxima al divorcio o a la separación con autorización judicial durante su trámite, no obstante las diferencias que existen entre ellos como vicisitudes del matrimonio con proyección jurídica.

**102. Hijos nacidos después de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio**

El segundo párrafo del artículo 243 dispone: "No se presume la paternidad del marido del hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario". A la interposición de la demanda de divorcio se equipara la presentación conjunta de los esposos para iniciar el trámite del artículo 67 bis de la ley 2393.

**103. Fuentes**

El antecedente legal de la excepción es el artículo 250 del Código Civil, en su redacción de la ley 17.711 que para configurarla requería la existencia de juicio de divorcio o nulidad del matrimonio y el nacimiento después de los 300 días desde que la separación tuvo lugar, admitiendo en contra, la prueba de la reconciliación durante el período de la concepción.

El proyecto sancionado inicialmente por el Senado conservó la redacción de la última oración del artículo 250 (es decir, la referencia a la reconciliación en la época de la concepción). El cambio de ésta por la más simple remisión a la prueba en contrario se

efectuó en la redacción del proyecto de Comisión de la Cámara de Diputados. A su vez, el antecedente de la redacción de comisión del Senado fue el artículo 242, 4º del proyecto Menem-Sánchez.

#### **104. Fundamento**

Tratándose de hijos nacidos durante el matrimonio, es necesario establecer expresamente la excepción. Cubre la tácitamente resultante del primer párrafo con respecto a los hijos nacidos después de los 300 días de la sentencia de divorcio o de nulidad.

El precepto se basa en la razonable suposición de que la presentación de la demanda de nulidad o de divorcio o la presentación conjunta de los esposos a este último efecto, ha sido precedida o va, al menos, acompañada por la interrupción de la convivencia.

#### **105. Requisitos**

No es preciso demostrar la separación de hecho de los esposos, evitándose las cuestiones que planteaba el sustituido texto del artículo 250 por su exigencia expresa de la separación (su ubicación cronológica con respecto a la iniciación del proceso, necesidad o no necesidad de intervención judicial, continuación de la vida de ambos esposos en la misma casa sin hacer vida en común, etcétera (<sup>132</sup>)).

Tampoco es indispensable que el juicio haya culminado con la sentencia que decrete el divorcio o anule el matrimonio. La excepción por separación de hecho podría invocarse si el hijo nace después de los 300 días de ésta pero aún dentro de los 300 días de la iniciación del juicio de divorcio o nulidad (<sup>133</sup>).

(<sup>132</sup>) Ver BORDA, *op. cit.*, T. II, N° 626; MAZZINGHI, *op. cit.*, T. II, N° 508; BOSSERT y ZANNONI, *Hijos...* *cit.*, com. al art. 250; KEMELMAIER DE CARLUCCI, *op. cit.*, Cap. III, en especial p. 62 y ss.

(<sup>133</sup>) Confr. BOSSERT y ZANNONI, recién cit., com. al artículo 250, parágr. 11; MAZZINGHI, recién cit.

La excepción dejaría de aplicarse si la instancia judicial se interrumpe por decisión de los cónyuges, en los supuestos en que ésta sea operativa (juicio de divorcio, transacción en caso de nulidad relativa del matrimonio, desistimiento en el mismo caso). Es decir, el hijo será atribuido al marido aunque nazca después de los 300 días de la presentación de la demanda o de la presentación conjunta, cuando el procedimiento se interrumpió por voluntad de actor o actores. Siendo dicha interrupción de fácil demostración a través de las actuaciones respectivas, no sería razonable mantener la excepción y obligar a producir prueba en contra.

#### **106. Comienzo del término de 300 días**

El cómputo del plazo de 300 días tiene una fecha cierta y determinada de iniciación, a demostrar con los testimonios de presentación de la demanda o conjunta de los cónyuges.

#### **107. Admisibilidad de la prueba en contra**

La excepción a la presunción de paternidad comparte la característica de las presunciones establecidas en la ley. Es susceptible de prueba en contra (<sup>134</sup>).

La redacción del artículo 243 simplifica el trámite y la demostración de la paternidad del marido al no circunscribirla a figuras específicas, por ejemplo, la “reconciliación” conyugal, con elementos definitorios que pueden no haberse dado, sin mengua de que sea el marido el progenitor del hijo de su esposa.

Toda dificultad queda superada si la inscripción registral del hijo a nombre de ambos esposos es solicitada por los dos en supuesto de divorcio (art. 245).

(<sup>134</sup>) Ver BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal...* cit., com. al art. 243, § 20.

## 108. Consecuencias

Las cuestiones concretas de aplicación del artículo 243 se plantearán vinculadas con la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

a) Considerase en primer lugar el caso de juicio de divorcio. *El hijo se inscribe a nombre de la madre presentándose sólo la prueba del matrimonio.* Opera *aparentemente* la presunción de paternidad por lo que corresponde la rectificación de la inscripción registral, de acuerdo al artículo 71 del decreto-ley 8204/63. En efecto, tratándose de una excepción expresa y de extremo de fácil demostración, puede entenderse que es no aplicable el artículo 258, según el cual correspondería la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

a.1. *Solicitud interpuesta por el marido de la madre.* Deberá demostrar la presentación de la demanda o conjunta de los esposos, lo que hará evidente el transcurso del plazo. La madre y el hijo deben intervenir necesariamente en el procedimiento, con designación de tutor especial para el menor dada la controversia entre sus progenitores. El objeto de la prueba en contra es la existencia de relaciones íntimas de los cónyuges durante la época de la concepción, imposible de demostrar directamente pero inferible de hechos susceptibles de serlo, o la demostración directa del vínculo biológico.

a.2. *Solicitud interpuesta por la madre que no hubiera efectuado personalmente la inscripción del nacimiento.* Parece indiscutible que puede solicitar la rectificación del asiento adjuntando la prueba de la iniciación del procedimiento, con el trátime del artículo 71, decreto-ley 8204/63 e intervención del padre y el hijo (mediante tutor especial) quienes podrán producir la prueba en contra.

a.3. *El padre extramatrimonial del hijo.* Si se considera que procede simplemente la rectificación del asiento debe aceptarse su intervención. Los sujetos pasivos serán la madre, su marido y el hijo.

a.4. *Otros interesados.* Igualmente serán admitidos otros interesados, por ejemplo, los que heredarían al marido de carecer de descendencia.

a.5. *Crítica.* Las soluciones anotadas son menos graves que las análogas que se pretendiera sustentar para la hipótesis de separación de hecho de los esposos, aunque sólo con respecto a la demostración de la presentación de la demanda o conjunta de los cónyuges y no de la que se quisiera producir en contra que, precisamente, haría caer una presunción legal. Por ello también es aceptable que el juez imprima al proceso el trámite más detenido que le permita su régimen procesal.

b) *El hijo es inscripto a nombre de la madre con la prueba del hecho impeditivo.* El marido puede solicitar la rectificación de la inscripción demostrando la relación biológica con intervención necesaria de la madre y el hijo. Es preciso tener en cuenta que el marido no es titular por sí mismo de la acción de reclamación de la filiación (confr. art. 254) (<sup>135</sup>). Mientras no se haya rectificado la inscripción en el Registro, el que se diga progenitor del hijo puede reconocerlo, en cuyo supuesto el marido deberá impugnar el reconocimiento previamente (art. 252 por analogía). Rectificada a favor de la paternidad del marido la inscripción originaria, el tercero no es admitido al reconocimiento porque no es sujeto activo de la impugnación de la paternidad matrimonial (art. 250).

c) *El hijo es inscripto de acuerdo al artículo 245.* Queda restablecida la presunción de paternidad matrimonial y emplazado el hijo en el estado de hijo matrimonial como si no se hubiera iniciado el juicio de divorcio y con todas las consecuencias de la misma.

(<sup>135</sup>) Infra, Nos. 152 y ss.

d) *Considérase ahora el caso de demanda de nulidad de matrimonio.* Lo expuesto *supra* bajo las letras "a" y "b" le es extensible pero con la salvedad de que la filiación del hijo será extramatrimonial si se decreta la nulidad del matrimonio con mala fe de ambos cónyuges, de manera de que en esta hipótesis, la inscripción a nombre del marido de la madre comportaría los efectos de una establecida paternidad fuera del matrimonio. La inscripción a nombre de ambos cónyuges del matrimonio viciado es aceptable, aunque no pre-vista expresamente en el artículo 245, solicitada para un nacimiento acaecido antes de la sentencia de nulidad y después de los 300 días de la presentación de la demanda, haya o no sido anulado ya el vínculo conyugal. La *ratio legis* del artículo citado así lo permite con efectos subordinados a la buena fe de, al menos, uno de los esposos.

#### 109. Derecho positivo extranjero

Puede observarse una coincidencia en lo esencial de la excepción expuesta en el segundo párrafo del artículo 243 en las legislaciones extranjeras, con diferencias que se destacan a la simple lectura de los textos.

Según el artículo 313 del Código Civil francés, no hay presunción de paternidad legítima en caso de juicio o de demanda de divorcio o de separación de cuerpos si el hijo ha nacido después de los 300 días de la resolución autorizando a los esposos a residir separadamente y dentro de los 180 días después del rechazo definitivo de la demanda o después de la reconciliación. La presunción de paternidad recupera, no obstante, de pleno derecho, su eficacia si el hijo goza de posesión de estado de hijo legítimo con respecto a ambos esposos. La doctrina interpreta que la última disposición obedece a que la posesión de estado del hijo no se podría haber configurado sin una reconciliación de los cónyuges (<sup>136</sup>).

El artículo 203 del Código venezolano no modifica la presun-

(<sup>136</sup>) COLOMBET, *op. cit.*, Nº 95.

ción de paternidad matrimonial y sólo concede la acción de desco-nocimiento al marido de la madre cuando el hijo ha nacido des-pués de los 300 días de presentada la demanda de nulidad, divorcio o separación de cuerpos o la solicitud de ésta, pero completa el su-puesto con el ejercicio de la misma acción cuando el hijo ha na-cido antes de los 180 días desde que quedó firme la sentencia que declaró sin lugar la demanda o terminado el juicio. El derecho cesa en caso de reconciliación de los esposos así sea temporaria (art. 203).

Estas dos legislaciones ejemplifican el distinto tratamiento del supuesto (<sup>137</sup>).

#### **110. Subordinación de la presunción de paternidad matrimonial a la voluntad de los cónyuges. Fundamentación y consecuencias**

En los casos en que se produce la falta de presunción de pa-ternidad matrimonial por separación de hecho o divorcio, el na-cido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el con-sentimiento de ambos (art. 245). El texto sancionado en Diputados era comprensivo de todos los casos de falta de presunción de la pa-ternidad matrimonial.

La fuente de esta norma es el artículo 118 del Código Civil español cuya redacción no se ha reproducido, figurando en aquellos términos en el proyecto Belluscio. Su finalidad, en expresiones del senador Brasesco, es la de "tratar de obtener siempre filiaciones ma-trimoniales si existe voluntad de los esposos y no media oposi-ción de tercero interesado" (<sup>137-1</sup>).

No obstante estimamos que el legislador no ha querido ante-poner la voluntad de los esposos al imperativo de la verdad bioló-gica sino que, más bien, ha querido anticiparse a su demostración

(<sup>137</sup>) Más datos sobre derecho extranjero en GROSMAN, *Acción de impug-na-ción* cit., parágr. 27.

(<sup>137-1</sup>) Diario de Sesiones cit., p. 2235.

evitando exigir la prueba de la procreación por los esposos, efectivamente acaecida en virtud de un hecho vivido en la mayor intimidad y que sólo ellos pueden conocer. Pero aun cuando así no fuera, es noble el gesto del marido que acepta como suyo al hijo de su mujer.

El hijo así inscripto queda emplazado en el estado de hijo matrimonial y esa filiación queda sometida al régimen normal de impugnación, pero no podrá proceder ésta de quienes aceptaron expresamente su calidad de progenitores del inscripto, salvo que se descubriera que la persona anotada no es la que la esposa dio a luz. La ley, con acierto, no hace en el artículo 245 la admisión de la impugnación de la paternidad que efectúa en el artículo 260 (<sup>137-2</sup>).

#### E) SEGUNDAS NUPCIAS DE LA MADRE

##### 111. Enunciación

El artículo 244 dispone: "Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido. Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario".

Subsiste el impedimento de plazo de espera del artículo 93 de la ley 2393.

(<sup>137-2</sup>) En contra, BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal...* cit., com. al art. 245, nota 1, opinan que la redacción del artículo no significa que el consentimiento pueda alterar el carácter extramatrimonial de la filiación.

## 112. Fuentes

La redacción de la ley 23.264 es similar a la de los sustituidos artículos 241 y 242 del Código Civil, que unifica en un solo texto, con las variantes impuestas por la vigente presunción de paternidad matrimonial.

La fuente inmediata se encuentra en los artículos 242, 1º y 243, segunda parte del proyecto Menem-Sánchez y en el artículo 246 del proyecto Belluscio.

## 113. Conflicto de presunciones y su solución legal

La ley resuelve un único conflicto de presunciones que resultaría de la aplicación del primer párrafo del artículo 243, a saber, el caso del hijo que naciera después de la celebración del segundo matrimonio, por lo que se atribuiría al segundo marido, pero, al mismo tiempo, dentro de los 300 días de la disolución del primer matrimonio, por lo que se atribuiría al primer consorte. He aquí la diferencia de enfoque que altera el planteamiento de las presunciones del Código Civil sustituido.

Se trata de un conflicto entre filiaciones matrimoniales que la ley resuelve apelando al término de duración del embarazo o sea, tácitamente, a la época de la concepción. Entiende que el hijo ha sido engendrado por el primer marido porque ha sido concebido durante el primer matrimonio si nace dentro de los 300 días de su disolución, cuando el término mínimo de la gestación no queda incluido entre la celebración de las segundas nupcias y el nacimiento. Entiende, por el contrario, que ha sido engendrado por el segundo cónyuge porque ha sido concebido durante el segundo matrimonio cuando dicho término mínimo de la gestación queda incluido entre la celebración de las segundas nupcias y el nacimiento, aun cuando no hayan transcurrido 300 días desde la disolución de la primera unión.

Las presunciones son *iuris tantum*.

#### 114. Fundamentos

Los fundamentos de la norma residen en atender al nexo biológico por su adecuación a los plazos de duración del embarazo, aunque con ello no se dé siempre al hijo un padre vivo o jurídicamente vinculado con la madre. La preeminencia de la relación sanguínea podrá hacerse efectiva a pesar de que en algún caso concreto la solución legal no se adecue a la realidad, dado el carácter *iuris tantum* de ésta.

#### 115. Consecuencias

El hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del segundo matrimonio y de los 300 días de la disolución del primero puede, de hecho, ser inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a nombre del segundo marido si el certificado de nacimiento se acompaña con la constancia de la celebración del segundo connubio, ya que la autoridad competente ignoraría la existencia del primero. Procedería el trámite judicial promovido por quien ostente un interés legítimo para la rectificación de la inscripción (art. 71, decreto-ley 8204/63) (<sup>138</sup>), probándose conforme a las disposiciones legales respectivas, la celebración del primer matrimonio y la fecha de su disolución por muerte o anulación. Serán demandados el hijo y los dos consortes de la segunda unión, debiendo designarse tutor especial al menor. La acción podría, lógicamente, ser entablada por éste, mas es difícil suponer que sus representantes legales (la madre y quien figura como padre) lo hicieran, por lo que sólo quedaría la posibilidad de que se solicitara la designación del tutor especial ante el Ministerio de Menores (art. 491 Código Civil).

Bossert y Zannoni se plantean el precedente supuesto vinculado con la herencia del primer cónyuge, presumido padre del hijo

(<sup>138</sup>) De acuerdo, BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal...* cit., com. al art. 244, § 3.

por la ley, explicando acertadamente que la cuestión de filiación se acumularía probablemente a la petición de herencia como cuestión prejudicial, dentro de la competencia del juez del sucesorio (art. 3284, inc. 1º) <sup>(139)</sup> privando sobre el juez del lugar en que se practicó la inscripción o el del domicilio del peticionante (art. 71, decreto-ley 8204'63). No tratándose precisamente de una acción de filiación, es razonable considerarla fuera de la problemática que se plantea en algunas provincias como, por ejemplo, Santa Fe, donde existe competencia de tribunales especiales por razón de la materia en cuestiones de filiación, aceptándose simplemente la del juez de la sucesión.

La hipótesis opuesta a la recién considerada es de difícil presentación porque supondría la inscripción del nacimiento acompañando la libreta del primer matrimonio y callando sobre la muerte del cónyuge o la sentencia que lo anuló y sobre la celebración del segundo matrimonio, de manera que el hijo que legalmente corresponde al segundo esposo por haber nacido después de los 180 días de la celebración de las segundas nupcias, aunque fuera dentro de los 300 días de la disolución de las primeras, resultara atribuido al primer consorte. Sin embargo, no puede desdeñarse la hipótesis de que se intente esa modalidad de fraude a los herederos del cónyuge difunto. Estos podrán requerir la rectificación del asiento probando la celebración del segundo matrimonio y su fecha, con las formalidades indicadas. El hijo quedará emplazado en la relación de filiación con su verdadero padre, esto es, el segundo marido de la madre. Serán parte en el juicio, el segundo marido, el hijo y su progenitora, con designación de tutor especial al menor.

Si la presunción de paternidad del segundo marido es destruida cobra eficacia la presunción de paternidad del primero y viceversa.

En estos, como en todos los casos de rectificación de inscrip-

<sup>(139)</sup> BOSSERT y ZANNONI, *Hijos...* cit., com. al art. 262, parágr. 8.

ciones, para adecuarlas a las disposiciones legales, por no tratarse propiamente de acciones de estado, es admisible la iniciativa de cualquier persona que justifique su interés. La instancia judicial provee las necesarias seguridades de control y defensa de la parte contraria. Por lo tanto, no cabe cuestionar la personería de los herederos del marido difunto. Obviamente, el principal interés es el del marido que aparezca como padre de un hijo que no es suyo, ya sea cónyuge del segundo matrimonio de la viuda o de la mujer cuyo matrimonio se anuló, o consorte del primer matrimonio anulado.

#### **116. Supuesto de bigamia de la esposa**

Tampoco ahora, al igual de lo que sucedía con el Código Civil antes de la ley 23.264, se ha contemplado expresamente el caso de bigamia de la esposa. Producido el nacimiento después de la celebración del matrimonio inválido, celebrado con buena fe aunque unilateral, el hijo resulta atribuido a ambos maridos porque con respecto a los dos es aplicable la presunción inicial del artículo 243. Es posible, no obstante, que haya mediado separación de hecho del primer cónyuge y que no corresponda presumir al nacido por suyo si el alumbramiento se produjo después de los 300 días de interrupción de la convivencia matrimonial. Borda opina que es improbable que la esposa haya seguido teniendo relaciones con el marido legítimo<sup>(140)</sup>. En todo caso, la solución propuesta por este autor, que deriva la decisión al criterio judicial, se encuentra apoyada ahora por el carácter *iuris tantum* de todas las presunciones. La analogía permite aplicar las pautas del artículo 244 para distribuir la carga de la prueba.

El artículo 180 del Código de Familia boliviano prevé las consecuencias de la bigamia de la cónyuge admitiendo todos los medios de prueba para demostrar la paternidad más verosímil "con

(<sup>140</sup>) BORDA, *op. y loc. cit.*, Nº 611.

arreglo a los datos aportados y a las circunstancias particulares que apreciará el juez".

#### F) PERSONA POR NACER HIJO MATRIMONIAL

##### 117. Filiación de la persona por nacer

Dado que la maternidad queda registralmente establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242) y que la presunción de paternidad matrimonial se estructura sobre el nacimiento (art. 243), resultaría que la persona por nacer carecería de filiación determinada, esto es, de estado de familia jurídicamente relevante. Esta interpretación gramatical quedaría confirmada por el adjetivo "preventiva" aplicado a la impugnación de la paternidad de la persona por nacer en el artículo 258, tercer párrafo.

Surgiría así una notable contradicción con la personalidad del *nasciturus*, consagrada en el artículo 63 del Código Civil, con su correspondiente capacidad de derecho y su representación legal (art. 64); con su capacidad para suceder (art. 3290) y con la iniciación de la patria potestad en la concepción del hijo (art. 264). El régimen era distinto antes de la ley 23.264 porque la presunción de paternidad legítima se basaba en la concepción durante el matrimonio, si bien tampoco entonces la persona por nacer tenía título de estado ya que la inscripción siempre ha sido posterior al nacimiento.

En los proyectos de Menem-Sánchez y Belluscio se incluyeron normas que abrían paso a una interpretación más favorable a la filiación del *nasciturus*. En el primero, el artículo 244, confiere trascendencia a la denuncia de su embarazo efectuada por la viuda ante los que, a falta del hijo póstumo, heredarían al marido difunto, quienes pueden solicitar las medidas conducentes a acreditar el día del nacimiento. Además, la mujer tiene derecho a que se asigne lo necesario para los gastos del parto. Belluscio reproduce este texto pero, lo que es más importante, dentro de las disposiciones ge-

nerales incorpora el siguiente: "La filiación produce sus efectos desde la concepción. Su determinación legal tiene efecto retroactivo siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiese sido determinada" (art. 241). El segundo párrafo excede la problemática de la persona por nacer, pero la incluye. En cuanto al primero, si bien parece armónico con una concepción que acepta la personalidad "provisoria" de la persona por nacer más que con la que sostiene la efectividad de la misma, sin duda, distingue entre "determinación" y existencia de la filiación en sí.

Los principales elementos para la interpretación del derecho vigente son: la personalidad de la persona por nacer, que no es razonable entender que el legislador de 1985 ha querido suprimir ni afectar, y la norma que establece el concepto de la patria potestad extendiéndola con exacta y plausible precisión, *desde la concepción* del hijo (art. 264). Es obvio que esa autoridad parental, el conjunto de los derechos y deberes que la integran, debe tener titulares que la gocen y la ejerzan, para lo cual es indispensable la determinación de los progenitores. Son aplicables el artículo 65 según el cual el embarazo se tendrá por reconocido por la simple declaración de la madre, de su marido o de otras partes interesadas, las que son enumeradas en el artículo 66 y abarcan a los parientes en general del no nacido, a todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer de no suceder el parto, o si el hijo no naciere vivo, los acreedores de la herencia y el Ministerio de Menores. Cuando la manifestación emane del marido o, en caso contrario, sean previsible el juego de las presunciones del artículo 243, la paternidad debe serle atribuida sujeta a la impugnación prevista en el artículo 258, único pleito admisible antes del alumbramiento (art. 67). En cualquier otro supuesto, las cuestiones particulares deberán resolverse después del nacimiento. Sobre estas bases será

aplicable todo lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aportado al ejercicio de la restringida capacidad de derecho de la persona por nacer (<sup>141</sup>).

#### **118. Retroactividad de la determinación de la filiación**

En consecuencia de lo expuesto, la determinación de la filiación materna por el parto y de la paterna por las presunciones correspondientes, opera retroactivamente porque no hace más que constatar la existencia del hecho biológico constitutivo de la filiación: la generación. La retroactividad no es lo más acorde, lógicamente, con la personalidad del *nasciturus*, pero constituye la forma de armonizarla con los contenidos de los artículos 242 y 243. Esta coherencia fundamental borra la paradoja de que haya hijos legítimos antes del matrimonio porque lo será también el que verá la luz antes de los 180 días de la celebración.

#### **G) SUPUESTOS NO PREVISTOS EXPRESAMENTE**

##### **119. Muerte presunta del marido**

La influencia de la muerte presunta del marido estaba prevista en el Código, en dos supuestos de impugnación de la paternidad que se le atribuía (art. 251) es decir, sin afectar directamente las presunciones de concepción durante el matrimonio y de paternidad legítima, y en el artículo 311 después de la ley 17.711, admitiendo a la legitimación a los hijos concebidos al tiempo en que no hubiere sido dictada la sentencia que declaró la

(<sup>141</sup>) Ver LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, T. I, Cap. IV, Nos. 324 y ss.; CIFUENTES, Santos, *El nasciturus (las personas por nacer)*, en E. D., 15, 956; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y repudiar herencias*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1978, paragr. 11; ídem: *Persona por nacer y acciones de estado*, en J. A., 1967-V, doctr. 828 y ss., III.

muerte presunta del cónyuge siempre que la concepción hubiere sido posterior al cumplimiento de los plazos para solicitar dicha declaración según los artículos 22 y 23 de la ley 14.394.

En el proyecto Menem-Sánchez figura en el artículo 243, 3º, como caso de no presunción de paternidad matrimonial.

Sustituido el artículo 251 y derogado el 311, no resta ninguna mención de la muerte presunta relacionada con la paternidad de los hijos. Una vez declarada y fijada su fecha en la respectiva decisión judicial, hay que remitirse a ésta a los mismos efectos en que se toma en cuenta la fecha de la muerte probada, demostrándose los extremos necesarios con la sentencia que la declaró o los testimonios de su inscripción en el Registro (art. 52, 3º, decreto-ley 8204/63).

La subsistencia del matrimonio del muerto presunto hasta la celebración de un nuevo matrimonio de su consorte (art. 31, ley 14.394) es inoperante con respecto a la filiación de los hijos de la esposa. Cualquier duda al respecto se salva teniendo en cuenta que, por hipótesis, el hijo habrá nacido después de los 300 días de la cesación de la convivencia (aun en el caso de muerte presunta por haberse encontrado el ausente en una nave naufragada o perdida, en que sólo se requieren seis meses desde que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido, es más que probable que los restantes 120 días hayan transcurrido durante el proceso de declaración).

## **120. Ausencia del marido**

La ausencia del marido, declarada conforme al procedimiento de “simple ausencia” de la ley 14.394 o sin haberlo sido, tampoco ha recibido consideración especial en la legislación vigente. No es esto indispensable, por cuanto comporta un supuesto de separación de hecho, al menos, voluntaria de parte de la esposa, o el marido podrá impugnar la paternidad en los amplios términos del artículo 258.

El Anteproyecto de 1954 la contempla entre las hipótesis de liberación de la prueba del desconocimiento del hijo concebido durante la misma (art. 508) y como caso de procedencia de la impugnación de la legitimidad (art. 509, inc. 4º).

Figura en el artículo 315 del Código Civil francés que excepcionalmente de la aplicación de la presunción de paternidad al hijo nacido después de trescientos días de la desaparición del marido en caso de ausencia declarada de éste. Colombet destaca que la regla no es novedosa porque se limita a consagrar una jurisprudencia decidida: en el silencio de los textos se entendía que el hijo no se encontraba cubierto por la presunción de paternidad porque para hacerlo debería probar que el matrimonio de sus padres existía al momento de su concepción, es decir, aportar la prueba de que el marido vivía todavía, prueba imposible porque el ausente no se reputa muerto ni se reputa vivo (<sup>142</sup>).

## 121. Anulación del matrimonio por impotencia del marido

Tampoco se ha previsto expresamente la proyección de la impotencia del marido sobre la presunción de paternidad. El Código se limitaba en el sustituido artículo 252, a prohibirle invocar en el caso de impugnación rigurosa (es decir, cuando operaba la presunción de concepción durante el matrimonio) su impotencia anterior a él. La norma había sido criticada unánimemente ante la incongruencia de la anulación de un matrimonio por impotencia del marido (art. 85, 4º, ley 2393) y presumir que es el padre del hijo de su mujer (<sup>143</sup>).

Bossert y Zanoni llegaron a sostener que no regía la presunción de paternidad legítima “por imperio de la sentencia que declaró la nulidad del matrimonio por impotencia del marido” (<sup>144</sup>),

(<sup>142</sup>) COLOMBET, *op. cit.*, Nº 102.

(<sup>143</sup>) BORDA, *op. y loc. cit.*, Nº 623; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 512.

(<sup>144</sup>) BOSSERT y ZANONI, *Hijos... cit.*, com. al art. 245, parágr. 14.

conclusión lógica aunque contradictoria con la prohibición del artículo 252. Como muy bien expresa Rivero Hernández, "Declarada la nulidad del matrimonio por impotencia del marido, la legitimidad del hijo habido por la esposa cae por no serle aplicable la presunción de paternidad, sin base ésta. El fundamento de la regla *pater est* no está en el matrimonio sin más, por su sola virtud, sino en el matrimonio en cuanto realización: y porque el matrimonio se ha realizado en el cumplimiento de sus medios para sus fines, aunque sea nulo (en otros casos) surte efectos y es base y fundamento suficiente para la operancia de la presunción de paternidad. Pero en el caso de nulidad por «impotencia», el matrimonio no se ha «realizado»; no ha habido cohabitación; la presunción de paternidad cae por su base, no tiene vida, no ha llegado a surgir, y por ello no hace falta destruirla" (<sup>145</sup>).

Es indiscutible que el marido impotente podrá impugnar la filiación que se le atribuye pero en los términos del artículo 258 vigente porque "la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen", para lo cual será suficiente con aportar al juicio la sentencia de anulación del matrimonio por su impotencia.

El supuesto podría haberse previsto ya que la demostración de la impotencia del marido debe realizarse en el juicio de nulidad del matrimonio, con todos los requisitos y garantías y no se trataría de plantearla nuevamente para la cuestión de filiación. Suprimir en el caso la presunción de paternidad matrimonial hubiera sido razonable y práctico.

## **122. Inseminación artificial y fecundación extracorpórea**

En los proyectos de Menem-Sánchez y Belluscio se incluían preceptos sobre inseminación artificial y fecundación extrauterina. En el primero figura bajo el número 250 el siguiente texto: "En

(<sup>145</sup>) RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción cit.*, Nº 143.

caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación heteróloga, el marido podrá impugnar la paternidad en caso de que no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento”, y bajo el 260, el siguiente: “El marido no podrá ejercer la acción alegando que su esposa no es la madre por haber mediado fecundación extracorporeal con un óvulo que no es el de ella si medió consentimiento de ambos cónyuges para su implantación luego de la fecundación”. En el artículo 245 propuesto por Belluscio, después de establecer la presunción de paternidad matrimonial, se dice: “También serán considerados hijos del marido los habidos por la madre después de ese plazo, si se demostrase que el embarazo fue más prolongado, o que la concepción tuvo lugar mediante inseminación artificial homóloga después de la muerte del marido” y en el inciso 3º del artículo 252 relativo a la impugnación de la paternidad matrimonial, autoriza su ejercicio por el marido “si demostrase que la concepción tuvo lugar mediante inseminación artificial heteróloga realizada sin su consentimiento, o que medió implantación de un óvulo fecundado de otra mujer, sin su consentimiento”.

Ninguna de estas normas fue reproducida en el proyecto elevado a la consideración del Senado. El senador Brasesco atribuyó esta actitud de la comisión redactora a que ambos procedimientos (la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea) son de escasa práctica en el país pudiendo temerse “que una reforma en este aspecto precipite consecuencias no queridas y que desvirtúen el fin que se haya tenido para implantarlas” (<sup>145-1</sup>). Tampoco figuraron en el proyecto discutido en Diputados y, finalmente, en la ley.

### 123. Fundamentos de la omisión legal

Al margen de las posibilidades de aplicación efectiva de las mencionadas técnicas, es plausible que no se hayan introducido normas expresas al respecto. La posición contraria merece las críticas

(<sup>145-1</sup>) Diario de Sesiones *cit.*, p. 2237.

formuladas en el seno del III Congreso Nacional de Derecho Civil, actualizadas por los progresos científicos y alguna experiencia vivida dentro de la sociedad argentina, en magníficos debates en cuyo transcurso no se escuchó una sola opinión aprobatoria (<sup>146</sup>).

Llambías, al trascender periodísticamente los primeros casos de fecundación *in vitro*, escribió: "No obsta la verificación científica de que algo sea prácticamente realizable para que sea moralmente lícito recurrir a procedimientos aptos para obtener la fecundación de un huevo humano pero reñidos con el modo natural de realización del acto generacional. El fin bueno no justifica el uso de medios malos. Es comprensible la intención generosa de quienes intentan remediar la imposibilidad de procrear de una pareja, provocada por la impotencia de alguno de sus integrantes, o por la esterilidad del varón, o por la conformación de los órganos de la mujer que impiden su fecundación. Pero no basta la generosidad de esa intención para justificar arbitrios que lesionan la moral social y degradan la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña a su realización que repugna a su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación *in vitro*, sin apuntar la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a que hubiesen ocurrido" (<sup>147</sup>).

Si bien esta argumentación es susceptible de estructurarse prescindiendo de concepciones religiosas determinadas, importa saber que la Iglesia Católica se ha reiterado en apreciaciones negativas de la moralidad de tales prácticas, ya pronunciada por los Sumos Pontífices Pio XII y Juan Pablo II, al expresar en la Carta de los Derechos de la Familia: "El respeto por la dignidad del ser humano excluye toda manipulación experimental o explotación del embrión humano. Todas las intervenciones sobre el patrimonio ge-

(<sup>146</sup>) Universidad Nacional de Córdoba, *Actas del III Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1962, T. I, p. 244 y ss.

(<sup>147</sup>) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *La fecundación humana in vitro*, en E. D. 79, 891.

nético de la persona humana que no estén orientados a corregir las anomalías, constituyen una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia” (<sup>148</sup>).

Puede objetarse que las normas de una legislación determinada no significarían aplauso, apoyo o fomento de la inseminación heteróloga o de la fecundación extracorporeal, pero sí significarían admitir que son hábiles para determinar una filiación, en contra natura y en contra de la exclusividad de la paternidad-maternidad matrimonial que corresponde a los esposos; dejar la determinación de la filiación a la voluntad de los cónyuges, al margen del acto procreacional; conferir trascendencia jurídica expresamente a un negocio (el acuerdo de los cónyuges) contrario a la moral y a las buenas costumbres, pauta fundamental orientadora de la autonomía de la voluntad.

Tal vez la valoración ética de la inseminación homóloga registre atenuantes (<sup>149</sup>), pero no queda al margen de los principios básicos, elocuentemente planteados por Cafferata en el debate del III Congreso Nacional de Derecho Civil. Es indudable que aun la inseminación con semen del marido *desvirtúa el cumplimiento normal del acto conyugal precisamente porque no media acto conyugal*, porque no aparece esa “relación íntima que está constituida por dos clases de elementos, el elemento material y el elemento psíquico, porque no se producirán esas reacciones de tipo psíquico que nacen entre los esposos con el cumplimiento del acto conyugal y que son decisivas para la vida matrimonial” (<sup>150</sup>).

Está sobreentendido que las precedentes consideraciones refieren al tema de la legislación expresa sobre las técnicas mentadas.

(<sup>148</sup>) Art. 4, b).

(<sup>149</sup>) ZANNONI, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, 1978, Nº 21.

(<sup>150</sup>) CAFFERATA, José Ignacio, su intervención en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, *op. y loc. cit.*, p. 308.

Lo que hace al fuero íntimo de los cónyuges, a su responsabilidad ética, queda al margen del planteamiento encarado (<sup>150-1</sup>).

#### 124. Aplicación del régimen legal de la filiación

A su vez, la emisión de normas sobre el tema no excluye la posibilidad de resolver con justicia los conflictos que puedan presentarse (<sup>150-2</sup>). Conforme a los principios generales, el hijo es del varón que lo engendró y de la mujer que lo concibió mediante la fecundación de su óvulo. Ya se ha expresado que si en la legislación vigente la maternidad se determina por el parto y la paternidad matrimonial responde al nacimiento después del matrimonio, ello es así porque se sobreentiende que tal nacimiento es la culminación de un proceso biológico natural iniciado por la fecundación del óvulo con esperma del marido en el mismo seno donde aquél se originó. Predicándose que todo el régimen instaurado por la ley responde a una preocupación por asegurar el respeto por la verdad biológica, no se ve cómo puede ser contradecida en esta hipótesis tan obvia. Por lo tanto, no es hijo del marido el engendrado con semen de un extraño, ni hijo de la esposa el que comenzó a latir en el óvulo de otra mujer, aunque haya sido fecundado con esperma del marido.

La inseminación artificial de la esposa podrá ser motivo que autorice a acoger favorablemente la impugnación de la paterni-

(<sup>150-1</sup>) Entre la bibliografía más reciente sobre el tema puede verse: RAFFO MAGASCO, Osvaldo P., *Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible*, en Prudentia Iuris, 1981, V, G; BIDART CAMPOS, Germán J., *La transmisión de la vida*, en E. D. 18 de julio/83; REY LEYES, César Luis, *El bebé de probeta*, en Revista del Colegio de Abogados de la 1<sup>a</sup> Circunscripción judicial, Santa Fe, 4, 41, y sus referencias; COCCA, Aldo Armando, *Nacer con dignidad (Manipulación del embrión humano)* en L. L. 1984-D, 1127.

(<sup>150-2</sup>) Para ejemplificar esta posibilidad, además de la obra de Zannoni cit. supra en nota 149, véase el excelente estudio de ANDORNO, Luis O., *El derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana*, en Zeus, N° 2665, Rosario, 7 de junio de 1985, con referencia al derecho argentino hoy sustituido.

dad matrimonial ejercida por el hijo (art. 259) o la ejercida por el marido que alegue que "no puede ser el padre" o que "la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen" (art. 258). Cabe asimismo la impugnación preventiva del tercer párrafo del artículo 258 por parte del marido de una mujer si sabe que ha concebido artificialmente fecundada con semen de un extraño. Los herederos, en su caso, son hábiles para accionar. El desplazado en consecuencia de la acción de impugnación queda en la situación de hijo extramatrimonial y puede ser reconocido o entablar la acción de reclamación de su verdadera filiación.

Cuestión distinta es la admisibilidad o no admisibilidad del desconocimiento de la paternidad o maternidad por aquellos que consintieron en las prácticas consideradas. Muy difícilmente la mujer pretenderá negar la maternidad porque el óvulo no era suyo, en una inaceptable invocación de su propia torpeza de aceptar que el nacido fuera inscripto a su nombre. Pero es imaginable que el marido pretenda impugnar la filiación del hijo fruto del esperma de un tercero aunque la inseminación se haya efectuado con su consentimiento. Es entonces lógico distinguir según que la inscripción del nacido en el Registro, se haya efectuado con el consentimiento de ambos consortes o sin el del marido. En el primer caso, la situación es asimilable a la del artículo 245: el hijo queda emplazado en el estado de matrimonial sin que sus manifiestos progenitores puedan discutir su filiación en el futuro. Por el contrario, si el marido fue ajeno a la inscripción, arribar a la solución justa exige mayor reflexión.

Zannoni analiza la doctrina extranjera sobre la solución de este problema diversificándola en dos sectores: el minoritario da prevalencia absoluta al elemento genético de la paternidad y acepta como impugnante al marido que consintió en la inseminación artificial de su mujer (el consentimiento del marido cedería ante la indisponibilidad de los derechos de familia); el mayoritario, que

comparte, niega la procedencia de la impugnación porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido constituyen objetivamente actos ilícitos y porque el marido obraría deslealmente desconociendo a la persona que fue concebida por su mujer con inseminación artificial en la que había consentido (se aplicaría la doctrina de los actos propios sobre los cuales su autor no es admitido a volver en honor a la buena fe y la seguridad jurídica); "...es inadmisible, escribe Zannoni, una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquélla. La lesión a la buena fe lealtad es evidente" (<sup>151</sup>). Ha de tenerse en cuenta también la conveniencia de que el hijo tenga padre y de que no se vea privado de él ante lo incierto y hasta improbable de la determinación del dador del semen. Grosman opina que el consentimiento del marido ha dado origen a un nuevo ser y que su responsabilidad procreacional no puede ser anulada con invalidaciones que lesionan el interés del hijo (<sup>152</sup>).

También Díaz de Guijarro sostiene que el marido que *no consintió* en la inseminación heteróloga de la esposa es hábil para impugnar la paternidad (<sup>153</sup>).

La aceptación de la imposibilidad de volver sobre los propios actos, sólo obstaculiza la impugnación de la filiación por el marido que aceptó el procedimiento; el hijo mantendrá siempre su personería para impugnar la paternidad.

En el supuesto, ejemplificado por algún caso sucedido en Francia, de inseminación posterior a la muerte del marido con esperma de éste, los principios generales permitirían atribuirle fi-

(<sup>151</sup>) ZANNONI, *op. cit.*, Nº 8, B), a).

(<sup>152</sup>) GROSMAN, *Acción de impugnación cit.*, p. 118. Es muy ilustrativo el capítulo VII dedicado al tema. Ver también su presentación cit. a la Cámara de Senadores, Nº 8.

(<sup>153</sup>) Entre otros trabajos suyos, ver su ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Civil, *op. y loc. cit.*, p. 256/257 y *La voluntad y la responsabilidad procreacional desde el punto de vista jurídico*, en J. A. 1965-III, 23.

liación matrimonial por el predominio del hecho biológico. Pero al no presumirse la paternidad matrimonial porque el nacimiento se habrá producido casi seguramente después de los 300 días de la muerte del cónyuge, procedería la acción de reclamación de filiación matrimonial ya que la misma no resultará "de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas" (art. 254).

Zannoni se ha planteado también el eventual reclamo de paternidad por el extraño dador del semen (<sup>154</sup>). En el derecho vigente, no admitiéndose la inscripción de reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida (art. 250), como el extraño no está legitimado para accionar por impugnación de la filiación matrimonial (art. 258, 259), que por hipótesis, ostenta el hijo, la pretensión del "donante" no tiene curso legal de planteamiento.

El desconocimiento de la maternidad por la esposa que recibió en su seno el óvulo de otra mujer ya fecundado (con semen del marido o de un extraño), encuentra vía de solución en razonamientos análogos a los expuestos. Es verdad que la maternidad puede ser impugnada "por no ser la madre del hijo que pasa por suyo" (art. 261) pero ni ella que obviamente consintió en el trasplante ni su marido que asimismo lo aceptó, serán acogidos en el proceso de impugnación, dándose, por el contrario, un amplio espectro de legitimados para accionar exitosamente: el marido que no consintió en la operación, sus herederos, el hijo, todo tercero que invoque un interés legítimo (art. 262). Quedará excluida la mujer cuyo óvulo fue utilizado, que no podría rectificarse de su actitud de "donante" (<sup>155</sup>).

En los casos de trasplante de embrión expuestos se ha tratado siempre de una gestación en el seno de la esposa. Existe también la posibilidad de que el embarazo sea llevado por una

(<sup>154</sup>) ZANNONI, *op. cit.*, Nº 8, C).

(<sup>155</sup>) Confr. *Idem* Nº 18 *in fine*.

mujer que no es aquélla, mediante la implantación del embrión generado con el óvulo y el semen de los cónyuges. Priva para la hipótesis, la opinión doctrinaria que subraya el contenido inmoral y opuesto a las buenas costumbres del pacto entre los esposos y la mujer que completa el embarazo, obviamente alcanzado por lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil (<sup>156</sup>).

La inseminación artificial y sus hipotéticas proyecciones, ocuparon un prolongado tiempo en la reunión de expertos convocada por el Senado de la Nación. Las opiniones de los asistentes, expresadas con prudencia y versación, ponen en evidencia la extrema complejidad que las rodea y las gravísimas dificultades que plantea legislar sobre ellas. En el debate de la Cámara de Diputados fueron aludidas, acentuando sus riesgos, por la Dra. Guzmán. El diputado Marcelo Stubrin aclaró la opinión expuesta en nombre de la mayoría en los siguientes términos: "que éste no es un momento oportuno en la historia de la humanidad para incluir la inseminación artificial como una fuente de filiación", quedando a la discreción judicial encararla conforme al régimen de filiación que se estableciera (<sup>157</sup>).

#### 125. Título de estado de hijo matrimonial

El título de estado de hijo matrimonial está constituido por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, conforme a las disposiciones legales respectivas (artículo 246, 1º). Cuando el emplazamiento en dicho estado es el resultado de una sentencia de reclamación de filiación, la sentencia firme es también título de estado (*idem*, 2º).

Téngase presente el artículo 24 del decreto-ley 8204/63 (<sup>157-1</sup>).

(<sup>156</sup>) *Idem* Nº 19. ANDORNO, *op. cit.*, X.

(<sup>157</sup>) Diario de Sesiones del Senado *cit.*, p. 2581 a 2583; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados *cit.*, p. 7507 a 7509.

(<sup>157-1</sup>) Confr. BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal...* *cit.*, com. al art. 246.

**126. Hijos nacidos antes de la vigencia de la ley 23.264**

La ley 23.264 se aplica a la prueba de la filiación matrimonial de los hijos inscriptos posteriormente a su entrada en vigencia. No pueden plantearse mayores problemas al respecto porque el régimen del Código Civil posteriormente a la ley 2393 es sustancialmente idéntico (art. 114 reformatorio del artículo 263). En cuanto a la filiación legítima de hijos inscriptos antes de la vigencia de la ley matrimonial, le es aplicable el artículo 263 del Código en su redacción originaria.