

CAPÍTULO XII — EFECTOS DE LA FILIACIÓN

- A) Atributos
- B) Derechos sucesorios
- C) Otros efectos expresamente previstos
- D) Alcances de la unidad de la filiación tácitamente dispuestos
- E) Supuesto no previsto legalmente

Capítulo XII

EFFECTOS DE LA FILIACION

236. Influencia de la unidad de la filiación sobre sus efectos

La unidad de la filiación instaurada por la ley 23.264 se concreta en los efectos que causa, efectos que aparecen dominados por la no discriminación entre parientes a causa de la existencia de vínculos matrimoniales y/o extramatrimoniales entre ellos. Los alcances de la equiparación no son absolutos por la imposibilidad de superar ciertos obstáculos que le oponen los hechos, presentándose la limitación en más de una de las instituciones comprometidas.

El cuidadoso detalle con que la legislación de 1985 encaró la determinación de los distintos efectos del parentesco permite obviar las dificultades que hubieran derivado de fórmulas genéricas de equiparación, simplificando la hermenéutica y aplicación de las nuevas normas.

A) ATRIBUTOS

237. Nombre del hijo

No habiéndose introducido modificaciones con respecto al apellido de las personas y no siendo incompatibles con las disposiciones de la ley 23.264, las correspondientes al de los hijos matrimoniales y al de los hijos extramatrimoniales de la ley 18.248, son estas reglas las que rigen en la materia.

El artículo 4 de la del nombre establece que los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre, pudiendo inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre a pedido de los progenitores o del hijo que lo solicite ante el Registro del Estado Civil después de los 18 años. Una vez adiconado, el apellido no podrá suprimirse.

El artículo 6 de la ley 14.367 se refería al nombre de los hijos extramatrimoniales. Fue derogado expresamente por la ley 18.248 que destina al tema su artículo 5 del siguiente tenor: "El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera".

El texto se refiere al reconocimiento pero es obvio que las mismas soluciones se aplican a los supuestos de declaración judicial de la filiación.

El artículo 2 de la ley 18.248 relativo al nombre de pila del hijo fue reemplazado por la ley 23.264, disponiéndose que su elección corresponde a los padres o, a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin o, en defecto de todos ellos, a los guardadores, el Ministerio Público de Menores o los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 14).

238. Parentesco. El *status familiae* del hijo extramatrimonial

La ley 23.264 (art. 18) derogó expresamente los artículos 357, 358, 359, 365 y 366 del Código Civil en su redacción original de Vélez Sársfield. Estas derogaciones van más allá de ser la respuesta a la intención de adaptar la terminología empleada en los mismos. Comportan que, como consecuencia de la unidad de la filiación, el parentesco también es único desapareciendo la diferenciación entre parientes legítimos e ilegítimos, o matrimoniales y extramatrimoniales, si se prefieren los vocablos usados posteriormente a la ley 14.367. Además, con especialísima trascendencia, la supresión del artículo 365 con su enfático primer párrafo ("Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos") correlativamente con la de otros textos que circunscribían efectos del parentesco a sólo los parientes legítimos o ciertos parientes ilegítimos (arts. 367 y 368 sustituidos, 369 derogado expresamente) o que proyectaban la separación de los parentescos (art. 3582 en materia sucesoria), unidos a disposiciones que no distinguen en cuanto a los derechos y deberes recíprocos que surgen del parentesco, determinan que el originado en una filiación dentro del matrimonio y el originado en una filiación fuera del matrimonio se confundan produciéndose sus efectos indistintamente. En otros términos, están vinculados por parentesco jurídicamente relevante, los descendientes matrimoniales y los extramatrimoniales del progenitor común. La única distinción que importa es la que resulta de la singularidad o bilateralidad de los vínculos: los hermanos hijos de padre y madre común son hermanos enteros, no importando la existencia o falta de vínculo jurídico entre los progenitores; los hermanos que tienen un solo progenitor común son medio-hermanos, no importando que cada uno de ellos sea hijo matrimonial o no.

Quedó así consagrada en la ley argentina la atribución del *status familiae* a los hijos habidos fuera del matrimonio con total amplitud.

La propuesta de derogación de los textos señalados al comienzo de este párrafo figuraba en los proyectos de Menem-Sánchez y Belluscio y ambas Cámaras del Poder Legislativo coincidieron en propiciarla.

239. Situación jurídica de los padres extramatrimoniales

No hay categorías de padres extramatrimoniales ni hay distinción entre padres matrimoniales y padres extramatrimoniales. La única que se ha establecido se refiere a la exclusión hereditaria del artículo 3296 bis configurada por no haber reconocido voluntariamente al hijo durante su minoridad, solamente aplicable, como es evidente, a progenitores extramatrimoniales, registrándose otra en la misma situación en cuanto al usufructo de los bienes de los hijos menores (art. 287).

240. Alimentos

Según la redacción de los artículos 367, 368 y 373 y la derogación expresa del artículo 369 (está incluida en el grupo de textos derogados por el artículo 18 de la ley 23.264), quedó eliminada la diferencia que existía en el sistema del Código Civil en cuanto a la extensión de la obligación alimentaria entre parientes "legítimos" y a la misma entre parientes "ilegítimos" y preceptuada la obligación entre parientes matrimoniales entre sí, extramatrimoniales entre sí, y matrimoniales y extramatrimoniales entre sí.

El artículo 367 legisla sobre los alimentos entre parientes por consanguinidad, el 368 sobre los debidos entre parientes por afinidad y el 373 configura la causal de extinción de la obligación alimentaria. La redacción del primer texto citado es la propuesta por Belluscio, más concisa que la sugerida por Menem-Sánchez aunque coincidentes en sus posibilidades de aplicación concreta. El texto del artículo 368 es sustancialmente idéntico al de los dos proyectos mencionados. Por el contrario, los propuestos para el artículo 373 abarcaban otros casos de extinción de la obligación alimentaria (el

casamiento del hijo menor sin consentimiento de sus padres o sin autorización judicial; el dejar los hijos el hogar sin autorización de sus padres). Los tres artículos sancionados corresponden al proyecto de la Comisión de Legislación General y de Familia y Minoridad del Senado. El dictamen en minoría de la Cámara de Diputados proponía sustituir el artículo 331 del Código Civil por un texto que consagrara iguales derechos alimentarios para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

a) *Entre parientes por consanguinidad*

El orden de obligados entre parientes por consanguinidad es el siguiente: primero, los ascendientes y descendientes, con preferencia para los más próximos en grado y, en igualdad de grados, para los que se encuentren en mejores condiciones para proporcionarlos; segundo, los hermanos y medio-hermanos. El artículo 367 reproduce la última oración del que reemplaza consagrando la reciprocidad de la obligación. Es innecesario aclarar que se deben alimentos: hijos y padres matrimoniales o extramatrimoniales; abuelos y nietos matrimoniales en las dos generaciones, extramatrimoniales en las dos generaciones o matrimoniales en una y extramatrimoniales en la otra; hermanos y medio-hermanos matrimoniales, hermanos y medio hermanos extramatrimoniales (hijos de ambos progenitores extramatrimoniales o de un progenitor extramatrimonial común) y también medio-hermanos extramatrimoniales de vínculo no homogéneo (hijo matrimonial uno, y extramatrimonial, el otro, del progenitor común).

Tratándose de hermanos enteros y medio-hermanos matrimoniales, en la interpretación del texto original del Código Civil predominó la tesis de no distinguir entre ellos en el sentido de no propiciar un orden de prelación que pospusiera a los segundos con respecto a los primeros. Según Borda "ninguna ley autoriza a atribuir a los hermanos de vínculo simple y doble, distinto rango

alimentario”⁽³⁵⁸⁾; Mazzinghi opinó que debía dejarse la opción al solicitante⁽³⁵⁹⁾. En el supuesto de medio-hermanos no homogéneos, la consagración legal de la obligación constituye uno de los elementos del *status familiae* del hijo extramatrimonial y si bien cabe aceptarla como expresión de solidaridad humana y para no atenuar la unidad de la filiación más allá de lo indispensable, queda al criterio judicial apreciar la situación del hijo matrimonial obligado hacia su medio-hermano hijo extramatrimonial del progenitor común para eximirlo siempre que haya otra posibilidad de proveer de alimentos al necesitado.

La obligación entre abuelo y nieto aunque los ligue una sola generación matrimonial es evidentemente de más clara justificación.

La doctrina y jurisprudencia anterior a la ley 23.264 conserva su valor orientador para resolver el orden de preferencias en los casos concretos⁽³⁶⁰⁾, adecuándolas al vigente régimen de unidad de la filiación.

b) *Entre parientes por afinidad*

El artículo 368 excede la problemática de la filiación e introduce una aplicación muy importante a los límites de la obligación alimentaria de los parientes por afinidad puesto que la extiende a los afines en primer grado abarcando, no sólo a suegro, suegra, yerno y nuera sino también a padrastros e hijastros. No se atiende a la matrimonialidad o extramatrimonialidad del parentesco consanguíneo siempre que, lógicamente, haya parentesco por afinidad. Es así que se deben alimentos el cónyuge de la madre y el hijo matrimonial o extramatrimonial de ésta, pero no el concubino de la madre y el hijo matrimonial o extramatrimonial de la misma.

(358) BORDA, *Familia cit.*, loc. cit., Nº 1217,4; ver también ZANNONI, *Derecho de Familia cit.*, T. I, parágr. 57,a¹.

(359) MAZZINGHI, *op. y loc.*, Nº 679.

(360) BORDA, recién cit., Nº 1217,a; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 681; ZANNONI, *Derecho de Familia cit.*, parágr. 57,a².

c) *Extinción de la obligación alimentaria*

El artículo 373 dispone que la obligación alimentaria se extingue para el ascendiente o el descendiente que hubieren incurrido en causal de desheredación, con tácita remisión a los artículos 3747 y 3748. No hay causal de extinción de la obligación alimentaria entre colaterales ni entre parientes por afinidad. Cabe sostener que el reclamo de alimentos de parte de un colateral o un afín que hubiera agraviado gravemente a aquél de quien los pretende podría ser rechazado por abusivo.

d) *Obligación alimentaria y derecho de visitas*

Correspondiendo el derecho de visitas reglado en el artículo 376 bis del Código Civil a los parientes que se deban alimentos, le es extensiva la normativa vigente después de la ley 23.264.

e) *Vigencia de las nuevas normas sobre alimentos*

Las disposiciones sobre alimentos introducidas por la ley 23.264 son aplicables desde su entrada en vigencia, sin efecto retroactivo alguno.

241. Hijos menores de edad

La situación de los hijos menores de edad impone la referencia a las instituciones de la patria potestad y la tutela.

a) *Patria potestad*

La patria potestad se rige por el Código Civil modificado por la ley 23.264⁽³⁶⁰⁻¹⁾. Conforme a la misma, su ejercicio en el caso de los hijos matrimoniales corresponde al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado; al que ejerza legalmente la tenencia de los menores en los supuestos de excepción mencionados; al otro progenitor si

(360-1) Sobre el tema de la patria potestad: D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Nuevo régimen legal de la Patria potestad* (Santa Fe, 1985).

uno ha muerto, ha sido declarado muerto presunto o ha sido privado de la patria potestad o suspendido en su ejercicio (art. 264, 1º, 2º y 3º). El ejercicio de la patria potestad en el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por uno solo de sus progenitores, corresponde al reconociente; en el supuesto de los hijos reconocidos por ambos padres, corresponde a ambos si conviven y, en caso contrario, al que tenga la guarda otorgada convencional o judicialmente o reconocida mediante información sumaria; con respecto a los hijos extramatrimoniales que obtuvieron sentencia a favor en la acción de reclamación de la filiación, la patria potestad corresponde al declarado padre o madre del hijo, si no hubiera sido voluntariamente reconocido por el otro progenitor (art. 264, 4º, 5º, 6º).

El Código prevé especialmente el caso de los hijos extramatrimoniales de progenitores menores de edad, al disponer en el artículo 264 bis que si ambos padres fuesen menores no emancipados, el hijo quedará sometido a tutela prefiriéndose para el cargo a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo la tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o llegue a la mayoría de edad (361).

La atribución del ejercicio de la patria potestad, distinta para los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, es uno de aquellos aspectos en que la situación de hecho se impone sobre la voluntad igualitaria del legislador.

La obligación alimentaria entre padres e hijos menores, matrimoniales o no, está prevista en los artículos 265, 266 y 267.

Los padres extramatrimoniales carecen del usufructo sobre los bienes de los hijos que no hubieran reconocido voluntariamente o, dado el efecto de la posesión de estado acreditada en juicio, cuando ésta no se hubiera configurado (arts. 287 y 256).

(361) Para el supuesto anterior a la ley vigente, ver nuestro trabajo *cit. Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, III.

b) *Tutela*

Los artículos 389, 390 y 391 del Código Civil fueron sustituidos por la ley 23.264 (art. 5º). A la tutela “legítima” de aquél, reemplazó la tutela “legal”, que tiene lugar cuando los padres matrimoniales o extramatrimoniales no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de ser tutores (art. 389). El orden de la tutela legal está establecido en el artículo 390 y corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos. Ante la falta de calificación en los textos, es evidente que no importa la cualidad de los vínculos que unan al pariente (abuelo, tío, hermano, medio-hermano) con el pupilo. Por otra parte, la elección queda a criterio del juez que deberá atender al interés del menor teniendo en cuenta la solvencia y reputación del posible tutor (art. 391).

En el artículo 392, el calificativo “legítimo” del Código Civil fue reemplazado por “legal”.

Obsérvese que los artículos 394 a 396 del Código Civil están expresamente derogados por la ley 23.264 (art. 18).

Los artículos 389, 390 y 391 proceden de las redacciones sancionadas por la Cámara de Diputados.

242. Curatela de los incapaces mayores de edad

La curatela de los incapaces mayores de edad solteros o viudos corresponde al padre o la madre, matrimoniales o extramatrimoniales, si no tienen hijos mayores de edad, matrimoniales o extramatrimoniales, aptos para desempeñarla. Esta es la interpretación que imponen los términos generales en que el artículo 478 se refiere al padre, a la madre y a los hijos mayores de edad del incapaz.

B) DERECHOS SUCESORIOS

243. Antecedentes

Las reformas que introdujo la ley 23.264 en materia sucesoria son muy amplias y de singular importancia, debiendo recordarse que en algunos de los proyectos presentados a las Cámaras la equiparación de los hijos se limitaba a estos aspectos. Del Código de Vélez se derogaron los artículos 3577 a 3584 y se sustituyeron una serie de textos. Los vigentes están basados inmediatamente en los proyectos de Menem-Sánchez y Belluscio pero responden a una reiterada tendencia reformista en cuanto a la equiparación de los descendientes con respecto a sus progenitores. No se dio, en verdad, idéntica coincidencia para la equiparación de los padres y de los colaterales. Como se ha visto, los proyectos del Poder Ejecutivo y de los senadores León y De la Rúa propiciaron la igualdad exclusivamente de los hijos en la sucesión de sus padres y el de los diputados Arabolaza y otros y el de la Comisión de Minoridad de la Cámara de Diputados, la equiparación sucesoria de todos los parientes (362).

244. Posesión hereditaria

Según el artículo 3412: ‘los otros parientes llamados por la ley a la sucesión no pueden tomar la posesión de la herencia sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión’. De esta manera desapareció la contradicción que la ley 17.711 hizo surgir entre las redacciones de los artículos 3410 y 3412, con respecto al cónyuge, y los hijos y padres extramatrimoniales quedan ubicados entre los herederos dotados de la posesión hereditaria de pleno derecho.

El artículo 3410 ya no requiere interpretación e integración con el 3412. De acuerdo a su texto, el cónyuge y los ascendientes y descendientes gozan de la posesión hereditaria *ipso iure*.

(362) *Supra*, apartado D del cap V.

245. Orden de la sucesión intestada

Conforme al artículo 3545, las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge sobreviviente y a los colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el Código. A falta de sucesores, los bienes corresponden al Estado nacional o provincial (363).

El concebido inviste capacidad para heredar (art. 3290) de donde la importancia sucesoria de la retroactividad de la determinación de la filiación (363-1). Integrando este precepto, téngase presente que los descendientes excluyen a los ascendientes y concurren con el cónyuge (art. 3567 y 3570) y que excluyen a los colaterales (art. 3585). Suprimidas las distinciones entre categorías de descendientes y de ascendientes a todos los efectos sucesorios y derogado el artículo 3580 (art. 18 de la ley 23.164), tanto los descendientes matrimoniales como extramatrimoniales excluyen a los ascendientes tanto matrimoniales como extramatrimoniales.

Los ascendientes concurren con el cónyuge (arts. 3567 y 3571) y excluyen a los colaterales (art. 3585). El cónyuge concurre con descendientes (art. 3570) o ascendientes (art. 3571) y excluye a los colaterales (arts. 3572 y 3585).

246. Sucesión de los descendientes

a) *Si vienen solos a la sucesión, por derecho propio o por representación.*

Todos los descendientes matrimoniales y no matrimoniales que concurren a la sucesión del causante tienen una misma porción he-

(363) La redacción sancionada por la Cámara de Senadores agregaba el calificativo "legítimo" a la palabra "sucesores" de la última oración del artículo, en el sentido de *sucesores llamados por la ley*. La Cámara de Diputados suprimió el calificativo y la modificación fue aceptada por la Cámara de origen.

(363-1) *Supra*, N° 118.

reditaria (art. 3565). En otros términos, el haber hereditario se divide en partes iguales entre los descendientes que vengan por derecho propio o por representación, cualquiera sea la cualidad del parentesco que los une al causante en una o más generaciones. Es preciso recordar la derogación expresa del artículo 3582 y asimismo su incidencia sobre el artículo 25 de la ley 19.134 ⁽³⁶⁴⁾.

Con la redacción vigente del artículo 3565 se cumple la última etapa en la evolución de la cuota hereditaria de los hijos extramatrimoniales cuando concurren con hijos matrimoniales, elevada de la cuarta parte de la porción del hijo legítimo según el Código Civil (art. 3579, derogado) a la mitad conforme al artículo 8 de la ley 14.367 (derogada).

b) *Concurrencia del cónyuge y descendientes del causante.*

La concurrencia del cónyuge y descendientes del difunto se resuelve mediante las normas de los artículos 3570 y 3576. En virtud de lo dispuesto en este último texto, es preciso distinguir entre bienes propios y gananciales atribuidos al causante en la partición de su sociedad conyugal con el cónyuge supérstite. En los bienes propios, el consorte sobreviviente tiene una parte igual a la de cada hijo (art. 3570); en los bienes gananciales, es excluido por los descendientes (art. 3576).

b.1. *Interpretación del artículo 3576.* Es sabido que el artículo 3576 registra una prolongada historia legislativa y doctrinario-jurisprudencial a través de las etapas que marcan su redacción en Vélez Sársfield, la redacción posterior de la Ley de Fe de Erratas de 1889 y la redacción introducida por la ley 17.711 que limitó expresamente la exclusión hereditaria conyugal a la concurrencia de descendientes matrimoniales (aplicable a los de cualquier matrimonio del causante) y los dividió entre el cónyuge y los hijos extramatrimoniales por mitades. La concurrencia de los tres ór-

⁽³⁶⁴⁾ *Infra*, en este mismo número c).

denes (cónyuges, descendientes matrimoniales e hijos extramatrimoniales) no fue expresamente prevista entendiéndose que la exclusión conyugal se producía en este caso por efecto de la concurrencia de los descendientes legítimos, dividiéndose los gananciales atribuidos al causante entre unos y otros descendientes en las proporciones del artículo 8 de la ley 14.367 (³⁶⁵).

Conforme con la redacción actual del artículo 3576 ("En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de los bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallcido") la exclusión conyugal se produce por la concurrencia de hijos matrimoniales comunes, de hijos adoptivos comunes, de hijos matrimoniales de un matrimonio anterior del causante, de hijos adoptivos de éste y de hijos extramatrimoniales del mismo. No se producirá la exclusión del cónyuge divorciado por la concurrencia de hijos de un matrimonio posterior del difunto si ha mediado divorcio vincular y aquél conserva su vocación hereditaria de acuerdo a los términos del artículo 6 de la ley 17.711, hipótesis de particular complejidad en cuya solución se atiende a que para el consorte del primer matrimonio, el haber del causante está constituido exclusivamente por bienes personales (entre los que figuran los gananciales que recibió en la división de la primera sociedad conyugal). Por el contrario, el segundo cónyuge es excluido de los gananciales del acervo (calificación que corresponde con respecto a la segunda sociedad conyugal) por todos los descendientes del difunto (³⁶⁶).

La exclusión hereditaria conyugal analizada requiere apreciación crítica detenida. Es razonable cuando el difunto era titular de los gananciales, teniendo en cuenta que el consorte ha retirado ya su mitad en concepto de participación en la sociedad conyugal.

(³⁶⁵) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales cit.*, Cap. III, Nos. 66 y ss.

(³⁶⁶) *Idem*, N° 133 y ss.

Pero resulta menos evidentemente justa cuando los gananciales son de titularidad del sobreviviente que, además de verse obligado a dividirlos a la muerte del causante por la lógica incidencia del régimen de comunidad de bienes, recibe sólo la mitad sin gozar de derecho hereditario sobre el resto. No es cuestión de desmerecer la contribución de aquél a la obtención de dichos gananciales, así sea concretada sólo en el cumplimiento normal de los deberes de asistencia, sino de reparar en los graves daños que puede acarrear la división para la actividad económica del titular o para la tranquilidad de su futuro. Fue esa la situación que criticó Bibiloni (³⁶⁷) y que la legislación ha tratado de atenuar a través del régimen de indivisiones y condominios hereditarios creados por la ley 14.367 y por el derecho de habitación viudal del artículo 3573 bis. Estas consideraciones son aun más atendibles cuando los llamados a recibir carecen de vinculación con el cónyuge sobreviviente y titular originario de tales gananciales.

Ya en la interpretación del artículo 3576 según la ley 17.711, se había propuesto de *lege ferenda* que se reconociera al cónyuge supérstite una cuota a título hereditario sobre los bienes gananciales que adquirió y que quedaran fuera de su porción societaria, cuando concurrieran hijos de un matrimonio anterior del difunto o hijos adoptados por éste (³⁶⁸). Una propuesta análoga aun más claramente fundada cabe ante la redacción vigente, para la concurrencia de hijos extramatrimoniales del difunto. En su ponencia a las citadas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Alejandro Borda propició que los hijos matrimoniales y extramatrimoniales concurrentes dividieran por igual los bienes propios del causante pero que los segundos recibieran la mitad de lo que reciban los primeros sobre los bienes gananciales del causante, manteniéndose la exclusión hereditaria del consorte sobreviviente (³⁶⁹).

(³⁶⁷) *Idem*, Nº 7.

(³⁶⁸) *Idem*, en particular Nº 79 y 80.

(³⁶⁹) Ver BORDA, Alejandro, *¿Es justa la igualdad sucesoria entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales?* en E.D. del 11 de setiembre de 1985.

c) *Derecho de representación*

El derecho de representación se rige por los artículos 3549 y siguientes del Código Civil, insistiéndose una vez más en que el artículo 3582 (incluido lógicamente el segundo párrafo que introdujera la ley 14.024) está expresamente derogado (art. 18, ley 23.264) por lo que no se atiende a la cualidad matrimonial o extramatrimonial de los vínculos que unan al representante con el representado y el causante.

Mantiene su vigencia el artículo 25 de la ley 19.134 en cuanto a los alcances del derecho de representación en el supuesto de adopción simple, suprimida toda referencia al derogado artículo 3582.

247. Sucesión de los ascendientes

a) *Si vienen solos a la sucesión*

Según el artículo 3567 los ascendientes heredan a falta de hijos y descendientes. Conforme a los artículos 3568 y 3569, la herencia se divide en partes iguales entre padre y madre, o es recibida por el único de los progenitores que sobreviva, o a falta de éstos, partida en partes iguales entre los ascendientes más próximos en grado.

Dada la redacción totalmente genérica del artículo 3567 y la derogación expresa del artículo 3584 (art. 18 de la ley 23.264), no se hace ninguna distinción según la cualidad del parentesco entre los ascendientes y el causante y la herencia se difiere al abuelo extramatrimonial u otros ascendientes más remotos también extramatrimoniales, haya o no vínculos matrimoniales entre algunas generaciones.

Así sostuvo junto con Guillermo A. Borda, en disidencia en las II Jornadas Sanjuaminas cit. p. 3. Ver D. J. A. del 10 de octubre de 1984. También, BORDA, Guillermo A., *Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad*, en L. L. del 14 de noviembre de 1985, p. II, III, 2.

b) *Concurrencia del cónyuge y los ascendientes del causante*

Conforme al artículo 3571, la concurrencia entre el cónyuge sobreviviente y los ascendientes del causante se resuelve dividiendo los bienes propios del difunto en dos partes, una para el cónyuge y la otra para los ascendientes y dividiendo en idéntica forma los gananciales atribuidos al difunto en la partición de la sociedad conyugal. No importa la cualidad matrimonial o extramatrimonial del vínculo que une al causante con los ascendientes, estando suprimida la distinción que establecía el artículo analizado en su redacción de la ley 17.711, segundo párrafo, según el cual la porción de los padres naturales era la mitad de la prevista para los ascendientes legítimos.

En el supuesto caso de concurrencia de un progenitor matrimonial y otro extramatrimonial (matrimonio putativo con un solo contrayente de buena fe), ambos heredan igual, careciendo de efecto la diferenciación hereditaria que podría deducirse del artículo 87 de la ley 2393 ya que las consecuencias del matrimonio viiado sólo operan con respecto al cónyuge de buena fe y a los hijos.

c) *Evolución legal de la vocación hereditaria de los ascendientes.*

Apreciación de la legislación vigente

La redacción originaria del Código Civil solamente atribuyó llamamiento hereditario a los padres naturales que hubieran reconocido al hijo, dividiendo la herencia por partes iguales o absorbiéndola totalmente el que lo hubiera hecho (art. 3584 derogado). La conceptuación de padre o madre natural resultaba de la remisión del artículo 324 al 311, es decir, dependía de que al tiempo de la concepción del hijo hubieran podido casarse.

La ley 14.367 planteó la importante cuestión de determinar si la equiparación de las distintas categorías de hijos fuera del matrimonio comportaba también la de los progenitores con la con-

siguiente vocación hereditaria de los que fueran adulteros o incestuosos, diversificándose la doctrina en sentido afirmativo y negativo, con predominio definido de la segunda posición (370). La problemática quedó superada por la redacción del segundo párrafo del artículo 3571 según la redacción de la ley 17.711 que circunscribió dicha vocación a los padres naturales (371).

Estos antecedentes subrayan la trascendencia de la ley 23.264 que no hace, según lo explicado, distinción alguna entre categorías de progenitores por la situación en que se encontraban al nacimiento del hijo (hábiles para contraer matrimonio o impedidos de hacerlo por razón de ligamen o parentesco). Su valoración es materia opinable, pero indiscutiblemente la reforma introducida no cuenta a su favor con los argumentos que justifican la no discriminación en la vocación hereditaria de los descendientes. El adulterio configura una conducta ilícita y lo seguirá siendo mientras se mantenga el matrimonio monogámico aunque se introdujera el divorceio vincular y fuera suprimida la incriminación penal de la infidelidad conyugal. La relación sexual entre consanguíneos en línea recta, entre hermanos o medio-hermanos, es intrínsecamente contraria a la moral y penalmente constituye agravante de ciertos delitos contra la honestidad. La tácita invocación de uno u otra por el progenitor adulterio o incestuoso que viene a recibir la herencia del hijo comporta valerse de su propia torpeza para fundar en ella un derecho.

Opiniones doctrinarias vertidas durante la discusión originada por la interpretación de la ley 14.367 conservan validez crítica de la legislación vigente. Entre otros argumentos, Borda estima que el que comete un delito no puede "invocarlo como título para heredar. Ello sería profundamente inmoral y choca con los fundamentos mismos de nuestro orden social". Señala también la injusticia

(370) BORDA, *Sucesiones cit.*, T. II, N° 853; MAFFÍA, *op. cit.*, T. II, N° 795; PÉREZ LASALA, *op. cit.*, T. 2, N° 25, D).

(371) BORDA, PÉREZ LASALA *cit.*

que se concreta confiriendo idéntico derecho hereditario al progenitor cónyuge de buena fe y al progenitor cónyuge de mala fe en el matrimonio viciado, con lo que viene a heredar "tanto el engañado como el que engañó" (372). Zannoni escribió que "mal podría favorecerse el adulterio o el incesto, que son fuentes de sanciones civiles y penales, en su caso, acordándoseles simultáneamente llamamiento hereditario" (373). Conocidos los proyectos en trámite legislativo, el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" se expidió sobre este tema criticando la "indiscriminación de paternidades" y expresó: "Argentina se ha singularizado, a partir de la ley 14.367, por adoptar a un mismo tiempo la tendencia a la igualación de los hijos pero manteniendo la discriminación respecto de los padres, especialmente los adulterinos e incestuosos que, según la legislación vigente, no heredan a sus hijos aunque éstos tengan respecto de ellos, vocación hereditaria. Esto se explica porque menoscabar a los hijos importa inferirles un castigo fundado en una culpa a la que son ajenos pero es razonable que el o la autora del entuerto, que han engendrado a través de un acto gravemente inmoral o derechamente ilícito, no aspiren a derechos hereditarios como resultado de su acción". Recuerdan que tanto el proyecto del Poder Ejecutivo como los de los senadores De la Rúa y León, siguiendo los lineamientos del Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por ley 23.054) refieren la igualdad exclusivamente a los hijos. Estimó el Instituto citado, finalmente, que el criterio analizado infiere grave daño a la familia cuyos derechos "se vulneran en un sistema en el que los padres legítimos se equiparan a los adulterinos e incestuosos".

El artículo 3567 fue votado sin discusión en la Cámara de Diputados. Anteriormente en el Senado, el senador Menem tuvo expre-

(372) BORDA, recién cit.

(373) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 3^a ed., Buenos Aires, 1983, T. II, parágr. 847.

siones que demuestran la intención expresa de conferir el llamamiento hereditario a los progenitores sin discriminación alguna porque, dijo, "la correlación... entre padres e hijos, esa vinculación recíproca y jurídica que los une, nos exige modificar no sólo la situación de los hijos extramatrimoniales sino también la de los padres" (374). No compartiendo la esencia de esta afirmación (374-1), ella es particularmente refutable en materia sucesoria dado que la vocación hereditaria no es necesariamente recíproca: como muy bien hace notar Maffía, el indigno no sucede a aquel contra quien faltó mientras que éste lo hereda, el hijo siempre hereda al padre y el padre al hijo sólo si carece de descendientes (375). Pueden señalarse otros ejemplos, a saber, el del padre del adoptante en adopción simple y el adoptado o sus descendientes en que la vocación hereditaria sólo opera de éstos a aquél o, si se la considera heredera, el de la nuera y el suegro o suegra.

La clara intención del legislador posiblemente evitara que, por vía de interpretación, se haga privar la no invocabilidad de la propia torpeza sobre la amplitud del texto legal para negar el llamamiento hereditario del progenitor adulterio o incestuoso.

248. Llamamiento hereditario exclusivo del cónyuge

A falta de descendientes y ascendientes, sin distinciones, los cónyuges se heredan recíprocamente excluyendo a los colaterales (art. 3572).

249. Sucesión de los parientes colaterales

No habiendo descendientes ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente, la herencia se distribuye entre los colaterales más próxi-

(374) D'ario de Sesiones del Senado cit., p. 2240.

(374-1) BORDA califica la igualdad entre padres legítimos y adulterinos e incestuosos de "intolerable"; trabajo cit. en L. L. del 14 de noviembre de 1985, III, 3.

(375) BORDA, *op. y loc.* últimamente *cit.*, Nº 809; MAFFÍA, *op. y loc. cit.*, Nº 704; PÉREZ LASALA, *op. cit.*, T. I, Nº 200; ZANNONI, *op. y loc.* últimamente *cit.*, parágr. 807.

mos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los colaterales del mismo grado heredan por partes iguales (art. 3585).

La sucesión se defiere a los colaterales sean éstos de vínculo homogéneo o no. La crítica negativa que puede suscitar la indiscriminación es susceptible de ser atenuada porque los colaterales no son herederos forzosos y el pariente que quiera excluirlos de su herencia sólo necesita testar distribuyendo sus bienes de acuerdo a su voluntad. Señalando las etapas de la evolución legal culminada con la ley 23.264, téngase presente que, en el régimen originario del Código Civil, los colaterales legítimos heredaban hasta el sexto grado, y que los medio-hermanos igualmente legítimos eran excluidos por los hermanos enteros. Posteriormente a la ley 17.711, el llamamiento en la línea colateral se restringió al cuarto grado, en el parentesco matrimonial y, en el extramatrimonial, se concedió expresamente a los hermanos, entendiéndose que sólo en aquellos casos en que hubiera homogeneidad de vínculos (causante y heredero-hijos extramatrimoniales).

En el análisis del derecho vigente conviene encarar los distintos supuestos.

a) *Sucesión de los hermanos de doble vínculo*

A la muerte del causante, hijo matrimonial, le suceden sus hermanos también hijos matrimoniales de los progenitores comunes.

A la muerte del causante, hijo extramatrimonial, le suceden sus hermanos también hijos extramatrimoniales de los progenitores comunes.

La herencia se divide por cabeza.

b) *Sucesión de los hermanos de vínculo simple*

A la muerte del causante, hijo matrimonial, le suceden sus medio-hermanos también hijos matrimoniales de otro matrimonio del progenitor común.

A la muerte del causante, hijo extramatrimonial, le suceden sus medio-hermanos también hijos extramatrimoniales del progenitor común.

A la muerte del causante, hijo matrimonial o extramatrimonial, le suceden sus medios hermanos extramatrimoniales y matrimoniales.

La herencia se divide por cabeza en todos los casos.

c) *Concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo simple*

A la muerte del causante, hijo matrimonial, le suceden sus hermanos matrimoniales de doble vínculo y sus medio-hermanos, hijos matrimoniales o extramatrimoniales del progenitor común.

A la muerte del causante, hijo extramatrimonial, le suceden sus hermanos extramatrimoniales de doble vínculo, y sus medio-hermanos hijos extramatrimoniales o matrimoniales del progenitor común.

La herencia se divide recibiendo los medio-hermanos la mitad de lo que reciben los hermanos de doble vínculo (art. 3586, redacción de la ley 17.711).

d) *Sucesión de los tíos y de los primos*

Los tíos heredan a sus sobrinos sin distinción de la naturaleza de los distintos vínculos que los unen, es decir, tanto cuando para remontarse del causante al tronco común y descender hasta el sucesor, se pase por todas generaciones matrimoniales, o por todas generaciones extramatrimoniales o por generaciones matrimoniales y no matrimoniales.

Lo mismo sucede con respecto a los primos.

La herencia se divide por cabeza entre todos los llamados.

e) *El derecho de representación en la sucesión de los colaterales*

La redacción vigente del artículo 3585 ha conservado la referencia al “derecho de representación para concurrir los sobrinos

con sus tíos" que figuraba en su redacción precedente del Código Civil y de la ley 17.711. Tal como siempre, no debe entenderse que se limita el derecho de representación que el artículo 3560 confiere a los hijos y descendientes de los hermanos siempre que cumplan con el requisito del llamamiento personal del representante, sino que este derecho se extiende hasta el cuarto grado, es decir, hasta los nietos del hermano premuerto (aplicación de los artículos 3551 y 3585).

La naturaleza de los vínculos que unan el representante con el o los representados y con el causante, carece de trascendencia, pudiendo tratarse de todos vínculos matrimoniales o de todos extramatrimoniales o de unos y otros, indistintamente, siendo ésta la consecuencia lógica del idéntico derecho hereditario de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Por el contrario, conforme al Código Civil modificado por la ley 17.711, la representación suponía vínculos matrimoniales salvo en el caso de los hijos legítimos del hermano extramatrimonial difunto (art. 3585 sustituido).

250. Las legítimas

Las porciones legítimas en el Código Civil eran de cuatro quintos de la herencia para los hijos legítimos (art. 3593); de dos tercios para los ascendientes legítimos (art. 3594), de un medio para el cónyuge (art. 3595), de un medio para los hijos "naturales" que benefició a todos los hijos extramatrimoniales después de la ley 14.367 (art. 3596) y de un medio también para los padres naturales (art. 3597).

Teniendo en cuenta la redacción originaria del Código y la ley 14.367, se preveían dos casos de concurrencia: en la de los padres naturales y el cónyuge, la legítima de los primeros quedaba reducida a un cuarto (art. 3597 C.C.); en la de hijos "nacidos dentro y fuera del matrimonio" la porción disponible del causante quedaba reducida a un décimo (art. 9 de la ley 14.367).

Los artículos 3596 y 3597 del Código fueron derogados expresamente (art. 18 de la ley 23.264) y los artículos 3593 y 3594, sustituidos (³⁷⁶).

El sistema de legítimas vigente es el que se especifica a continuación.

a) *Legítima de los hijos*

La porción legítima de los hijos es de cuatro quintas partes de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los donados, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570 (art. 3593). Por lo tanto, la porción disponible es siempre de una quinta parte del haber integrado con el valor de las donaciones calculado a la apertura de la sucesión (art. 3477) sean los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o matrimoniales y extramatrimoniales.

Es plausible que se haya preferido conservar una mayor porción disponible en lugar de elegir la menor que establecía el derogado artículo 9 de la ley 14.367 en su caso, dado el elevado monto que caracteriza a las legítimas en el derecho argentino y la justicia de permitir al causante disponer de una mayor cantidad de bienes, cuyos destinatarios pueden ser algunos de esos mismos hijos mediante la mejora.

b) *Legítima de los ascendientes*

La legítima de los ascendientes, matrimoniales o extramatrimoniales, es de los dos tercios de los bienes de la sucesión y los

(³⁷⁶) Hubo una diferencia de redacción en los textos sancionados para los artículos 3593 y 3594 en el Senado y en la Cámara de Diputados. Los definitivos fueron los primeros, mientras que los sancionados por Diputados, en lugar de las expresiones "de los (bienes) que éste (el testador) hubiere donado" (art. 3593) y "los donados" (art. 3594), decía "de los (bienes) que éste (el testador) hubiera donado a terceros y de los que deban coacionarse a la masa de la herencia" (art. 3593) y empleaba expresiones idénticas en distinto orden en el art. 3594. La redacción de Diputados era técnicamente muy precisa al distinguir entre bienes colacionables y bienes objeto de reducción pero, de cualquier manera, en ambos casos se trata de bienes "donados" por lo que el texto definitivo es correcto y claro.

donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571 (art. 3594).

La legítima de los ascendientes es siempre mayor que la del cónyuge aunque aquéllos sean extramatrimoniales y define, por lo tanto, la porción disponible del causante en la concurrencia de estos herederos.

251. Exclusión hereditaria de los padres y demás ascendientes

La legislación dispone dos supuestos de exclusión hereditaria de los padres, uno de ellos configurando una falta de llamamiento hereditario y el otro, un caso específico de indignidad (377).

a) *Tipificación calificada de la vocación hereditaria de los padres extramatrimoniales y otros ascendientes*

El solo vínculo paterno-filial es insuficiente para determinar la vocación hereditaria de los padres extramatrimoniales porque la ley agrega un requisito: el reconocimiento, obviamente voluntario, del hijo durante su menor edad (art. 3296 bis, primera oración). Considerando el segundo párrafo del artículo 249 según el cual el reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión al reconociente ni a los otros ascendientes de su rama (378), se observa que éste queda subsumido en el artículo 3296 bis conforme a correcta hermenéutica, extensiva para los ascendientes distintos de los padres. En síntesis, la vocación hereditaria de los padres y otros ascendientes extramatrimoniales depende del reconocimiento que los progenitores hicieron del hijo durante la minoría del mismo (379). Es asimismo decisivo tener en cuenta que la posesión de estado produce los efectos del reconocimiento voluntario (art. 256), de manera que permite confi-

(377) Sobre esta distinción nuestra obra: *La exclusión hereditaria conyugal*, Santa Fe, 1982, Nº 3.

(378) *Supra*, Nº 35 b.

(379) Los tribunales harán una aplicación equitativa del precepto: ver BORDA, *Sucesiones cit.*, Nº 847 y 848.

gurar el llamamiento hereditario de los progenitores y otros ascendientes si ha existido durante la minoridad del causante⁽³⁷⁹⁻¹⁾ aunque la sentencia se dicte después de su muerte.

En la redacción del artículo 3296 bis la exclusión hereditaria analizada se califica como supuesto de indignidad, calificación que doctrinariamente será compartida por la mayoría de los comentaristas y que, aunque no lo sea (si se distingue entre falta de vocación hereditaria y vocación obstaculizada por indignidad)⁽³⁸⁰⁾ importa como definición de legislador que hace aplicable al supuesto la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre indignidad para suceder (arts. 3297 a 3300, 3302 a 3310).

b) *Causal específica de indignidad sucesoria de los padres*

Conforme a la segunda oración del artículo 3296 bis, es indigno para suceder al hijo, el padre o la madre, matrimonial o extramatrimonial, que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

La inclusión de una causal de indignidad consistente en la negativa a prestar alimentos es propiciada por la doctrina⁽³⁸¹⁾, siendo de lamentar que no se haya incorporado también, por lo menos, la indignidad del hijo que injustificadamente hubiera negado asistencia a su progenitor-causante.

Se aplica el régimen general de la indignidad sucesoria.

252. Vigencia de las nuevas normas sucesorias

Es importante insistir en que la sucesión se rige por la ley vigente al momento de la apertura, dependiendo de ésta la vocación hereditaria y el monto de las porciones correspondientes a cada

(379-1) Ver *supra*, Nº 171, e).

(380) *Supra*, nota Nº 377.

(381) BORDA, *Sucesiones cit.*, T. I, Nº 115; PÉREZ LASALA, *op. cit.*, T. I, Nº 262.

heredero. El fundamento de este principio, enseña Guastavino, "reside en que es el hecho de la muerte el que determina el derecho hereditario, fijando el momento en que se opera la trasmisión del patrimonio del difunto a sus sucesores". Analizando los alcances del artículo 3º del Código Civil, aclara el autor citado: "En la terminología del actual art. 3º del Código Civil, el principio general antes enunciado equivale a afirmar que las nuevas normas sucesorias son *aplicables de inmediato* en las herencias intestadas cuya apertura ocurra después de la entrada en vigencia de la ley 17.711, pero que no deben aplicarse *retroactivamente* a las que se hubieran abierto con anterioridad, no pudiendo los efectos derivados de la muerte del causante ser alcanzados por normas posteriores a ésta, aunque le atribuyan a tal hecho consecuencias diferentes". Ejemplifica con la jurisprudencia que aplicó, precisamente, el artículo 8 de la ley 14.367 que incrementó la porción de los hijos extramatrimoniales con respecto a la que le atribuía el Código Civil, si bien con el apoyo de la redacción del artículo 7 de la misma, y también con jurisprudencia relativa a la porción hereditaria de los medio-hermanos modificada por la ley de 1968 (382).

La claridad del principio exime de la necesidad de disponerlo expresamente. La ley no lo ha hecho, a diferencia del mencionado artículo de la ley 14.367. Pero ello no autoriza de ninguna manera a dudar de su aplicación. La afirmación del senador Brasesco en el sentido de que la ley carece de efecto retroactivo y que encuadra dentro de los lineamientos clásicos de nuestro derecho civil, constituye un elemento importante para la intrepretación justa y razonable de las normas de derecho sucesorio (383).

(382) GUASTAVINO, Elías P., *Eficacia temporal de las nuevas normas sucesorias*, en J. A. 9-1970, 3 y ss., II.

(383) Diario de Sesiones del Senado cit., p. 2245. El proyecto de Belluscio proponía que se dispusiera expresamente la aplicación de la ley a las sucesiones que se abrieran con posterioridad a su promulgación sin que en ningún caso pudiera alterar los derechos resultantes de actos cumplidos con anterioridad (art. 32).

En conclusión, los preceptos en materia hereditaria incorporados al Código Civil por la ley 23.264 rigen en las sucesiones abiertas por la muerte del causante acaecida desde el día de su entrada en vigencia, es decir, desde el 1º de noviembre de 1985 inclusive.

C) OTROS EFECTOS EXPRESAMENTE PREVISTOS

253. Supresión de la adopción de los propios hijos y de la legitimación

La unidad de la filiación torna inútil modificar la situación del hijo extramatrimonial en matrimonial. De ahí que se hayan suprimido las instituciones y figuras legales que respondían a esa finalidad. En efecto, la redacción de los artículos 2º y 6º de la ley 19.134 (arts. 15 y 16 de la ley 23.264, respectivamente) tiene por objetivo abolir la posibilidad de adoptar a los propios hijos extramatrimoniales del adoptante. En cuanto a la legitimación, los artículos 311 a 323 del Código Civil que la regulaban, están expresamente derogados (art. 18 de la ley 23.264).

Como consecuencia de la derogación de la legitimación, el hijo extramatrimonial de progenitores que posteriormente a su nacimiento contraen matrimonio, seguirá siendo extramatrimonial, si bien la calificación carece de trascendencia en cuanto a los efectos y no se refleja en la partida de nacimiento (³⁸⁴). El reconocimiento que los contrayentes quisieran hacer de los hijos habidos se concretará en cualquiera de las formas legales y, si se formula ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, se tomará constancia en acta aparte de la matrimonial.

La norma del artículo 46 de la ley 2393 sobre celebración del matrimonio cuando uno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte ha sido también afectada ya que la voluntad de los

(³⁸⁴) Ver *supra* Nº 42 para la legitimación en regímenes que implantan la unidad de la filiación. BOSSERT y ZANNONI entienden que el hijo adquiere carácter matrimonial por el matrimonio de sus progenitores posterior al nacimiento: *Régimen legal cit.*, p. 21.

contrayentes de reconocer hijos (lo que correspondía entender como “legitimación”) no debe considerarse constitutiva de un requisito necesario para la procedencia de la celebración extraordinaria.

D) ALCANCES DE LA UNIDAD DE LA FILIACION TACITAMENTE DISPUESTOS

254. El artículo 21 de la ley 23.264

El artículo 21 de la ley 23.264 es de máxima importancia, fijando una pauta interpretativa de leyes anteriores que constituye la fuente de los efectos de la unidad de la filiación tácitamente establecidos. Preceptúa que siempre que en el Código Civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos, la situación de aquéllos deberá ser equiparada a la de éstos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Civil. La norma es aplicable a cualquier ordenamiento nacional, provincial o comunal en que se efectúen las distinciones a que alude. Constituye, en efecto, una regla de superior jerarquía a las provinciales y comunales, y es posterior en el tiempo a las nacionales anteriores, de manera que la ley 23.264 las deroga en cuanto sean incompatibles con el principio que consagra en el artículo 240. Debe ser tenida cuidadosamente en cuenta tanto por los tribunales como por las autoridades administrativas, estas últimas llamadas a hacerla jugar en la importante materia previsional.

Asimismo, la normativa de la ley 23.264 domina la hermenéutica de disposiciones legales en que la diferenciación entre el parentesco matrimonial y extramatrimonial era conflictivo. Por ejemplo, supera la duda sobre si el impedimento de parentesco por consanguinidad se aplica entre medio-hermanos que sea uno de ellos hijo matrimonial y el otro extramatrimonial del progenitor común, en el sentido afirmativo que predominaba en doctrina antes de la reforma; y también el planteado por el parentesco por

afinidad en el sentido de si alcanzaba o no al descendiente o ascendiente extramatrimonial del cónyuge difunto con respecto al viudo que quisiera contraer matrimonio con él o ella, con idéntica respuesta assertiva. En materia de impedimentos, el calificativo de "legítimos" aplicado al descendiente del tutor en el artículo 12 de la ley 2393 debe considerarse suprimido.

Entre las instituciones del derecho de familia patrimonial, no cabe duda que el adjetivo "legítimos" debe suprimirse en el inciso 1º del artículo 1275, de manera que serán definitivamente comunes las deudas contraídas en la manutención de los hijos tanto matrimoniales como extramatrimoniales de los cónyuges y no hay ninguna dificultad en invocar vínculos extramatrimoniales para la satisfacción de los requisitos del artículo 36 de la ley 14.394 a los efectos de la constitución del bien de familia (385).

Incluso alguna posición doctrinario-jurisprudencial ha de ser modificada, por ejemplo, en la conceptuación del "hogar conyugal" propio de uno de los consortes a los efectos del requisito del asentimiento conyugal (art. 1277), que podrá configurarse también a favor de hijos extramatrimoniales menores o incapaces del cónyuge del propietario (385-1).

255. ¿Consagración legal de la familia extramatrimonial?

Estudiando el artículo 334 vigente del Código Civil francés, Massip sostiene que la doble regla de la asimilación del hijo natural al legítimo y de la incorporación de aquél a la familia de su autor constituye un cambio radical con el derecho anterior, dominado por la inferioridad del *status* del hijo natural y el principio de su exclusión de la familia. "Se enseñaba, escribe, que el establecimiento de la filiación natural no creaba sino un vínculo jurídico en el primer grado, entre el hijo y su padre o madre. El hijo natural no tenía jurídicamente ni abuelos, ni tíos, ni tías, ni primos.

(385) GUASTAVINO, Elías P., *Bien de Familia*, Santa Fe, T. II, 1985, N° 400.

(385-1) FASCI, Santiago Carlos y BOSSERT, Gustavo A., *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, 1978, T. II, com. al art. 1277, parágr. 108.

A lo más, hermanos y hermanas, a condición de que fueran como él, naturales. Era un hijo sin familia". Y prosigue afirmando que la legislación francesa de 1972 "reconoce, al contrario, la existencia de una familia natural que podrá, ciertamente, no ser sino una semi-familia si la filiación se establece en un solo sentido, pero cuya realidad no puede ser desconocida⁽³⁸⁶⁾. Marty y Raynaud, por su parte, sostienen que la mentada ley "disponiendo el principio de la igualdad de efectos de la filiación natural y de la filiación legítima ha afirmado formalmente la existencia jurídica de la familia natural y de los lazos que unen a sus miembros más allá del primer grado"⁽³⁸⁷⁾.

Tales consideraciones no son susceptibles de trasladarse al derecho argentino y a su evolución. Antes de la ley 23.264, el hijo no legítimo o matrimonial tuvo abuelos obligados a pasarle alimentos; tuvo hermanos, hijos extramatrimoniales también, a quienes heredar; e incluso, sobrinos hijos matrimoniales de un hermano extramatrimonial que recibían su herencia por representación. Tales efectos comportaron la existencia de un indiscutible parentesco extramatrimonial acompañado de deberes como, por ejemplo, el de respetar los impedimentos matrimoniales. El actual *status filii* no modifica el principio, sólo amplía sus consecuencias. Es decir, el parentesco extramatrimonial es de efectos idénticos al matrimonial, pero no deja de ser sólo un parentesco.

La familia, en efecto, supone la pareja generadora cuyos miembros asumen derechos y deberes jurídicos recíprocos, tanto como exige entre ella y la descendencia, vínculos jurídicos. El concubinato no reúne los requisitos para constituir una familia con la descendencia común porque carece de los compromisos que crea el matrimonio entre marido y esposa. Aun el reconocimiento de efectos del concubinato hacia terceros (previsionales, por ejemplo), es insuficiente a tal fin porque no liga a los miembros de la pareja entre sí. De ninguna manera esta afirmación encierra el desconocimiento

⁽³⁸⁶⁾ MASSIP, *op. cit.*, Nº 46.

⁽³⁸⁷⁾ MARTY y RAYNAUD, *op. cit.*, Nº 367.

cimiento de la realidad sociológica, que merece estudio y atención, sino que se limita a sostener que carece de entidad como familia en sentido jurídico (³⁸⁷⁻¹).

E) SUPUESTO NO PREVISTO LEGALMENTE

256. Los hijos sin filiación acreditada

El Código Civil no contempla en particular la situación de los hijos sin filiación acreditada. López del Carril los describe como aquellos que tienen filiación biológica ignorada y consecuentemente, filiación jurídica inexistente, aclarando que no se trata de filiación biológica ausente sino sólo desconocida: “La ausente, escribe, importa que no existe filiación biológica, cuando esta última, absolutamente siempre, se halla presente, lo que falta es conocer a los progenitores...” (³⁸⁸).

a) *Nombre.*

El artículo 6 de la ley 18.248 dispone que “el oficial del Registro del Estado Civil anotará con un apellido común, al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste. Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se sustituirá por el del progenitor que lo reconociere, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscripto, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo. Toda persona mayor de 18 años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro del Estado Civil la inscripción del que hubiese usado”.

(³⁸⁷⁻¹) Porque, conforme a la ley 23.264, puede hablarse de la existencia de dos familias, la matrimonial y la extramatrimonial, que no reciben igual tratamiento legal: LLOVERAS, Nora, *El derecho de familia y la ley 23.264: una decidida reforma* en D. J. A. del 17 de noviembre de 1985, p. 1 y ss.

BOSSEY y ZANNONI, por su parte, opinan que “la ley 23.264 consagra normativamente el concepto de *unidad de la familia*, determinada por los vínculos emergentes de la procreación”: *Régimen legal* cit., 3^a parte, parágr. 3, p. 379.

(³⁸⁸) LÓPEZ DEL CARRIL, *Derecho de Familia* cit., p. 420.

b) *Adopción plena*

Los hijos que no tengan filiación acreditada pueden ser adoptados en adopción plena (art. 16, b, ley 19.134).

c) *Intervención del Ministerio de Menores*

Nos remitimos a lo expuesto *supra* en el N° 170, c. En consecuencia de la intervención del Ministerio de Menores, pareciera que la indeterminación definitiva de la filiación del menor quedaría en suspenso hasta que pudieran agotarse las gestiones de dicho organismo con resultado negativo. Ello podría dificultar la adopción plena del menor planteando un conflicto entre el derecho del hijo a la determinación de su padre y madre y su derecho a contar con la protección que le signifique la adopción plena. La solución no es difícil, pese a la gravedad del caso, puesto que la adopción plena cabe en el supuesto del apartado "d" del artículo 11 de la ley 19.134 ya que su desamparo moral y material es evidente y que su abandono está judicialmente comprobado. Recuérdese que después de otorgada la adopción plena, está vedado el reconocimiento y asimismo el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación salvo para determinar la existencia de impedimento por consanguinidad (art. 19, ley 19.134).

d) *Asistencia*

Ante el silencio legal, es de gran interés y utilidad la doctrina elaborada sobre la acción alimentaria de hijos extramatrimoniales sin filiación acreditada (³⁸⁹).

e) *Protección*

Caben todos los medios y recursos de protección de la minoridad.

(³⁸⁹) Ver GROSMAN, Cecilia P., *Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados como tales*, Buenos Aires, 1969.