

## Capítulo X

### FILIACION

por MARIA ROSA LORENZO DE FERRANDO

I. NOCIONES GENERALES	
1. Concepto .....	9
II. FILIACION MATRIMONIAL	
2. Generalidades .....	10
3. Filiación matrimonial por concepción durante matrimonio .....	11
4. Presunción de concepción durante el matrimonio .....	11
5. Carácter de la presunción legal .....	12
6. Cómputo de los plazos establecidos por el artículo 240 .....	13
7. Caso de segundas nupcias .....	13
8. El art. 242 y la denuncia de embarazo .....	14
9. Caso de bigamia .....	14
10. Presunción de paternidad legítima. La regla "pater is est" .....	15
11. Carácter .....	15
12. Fundamentos .....	16
III. LEGITIMACION	
13. Concepto .....	19
14. Requisitos .....	21
15. Oportunidad del reconocimiento .....	21
16. Formas .....	22
17. Padres que pueden legitimar a sus hijos .....	22
18. Efectos de la legitimación .....	28
19. Legitimación del hijo fallecido .....	28
20. Hijo nacido dentro de los 180 días del matrimonio .....	29
21. Derecho comparado .....	30
IV. PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA	
22. Prueba ordinaria .....	31
23. Prueba supletoria .....	31

V. ACCIONES DE ESTADO RELATIVAS A LA  
FILIACION LEGITIMA

A) <i>Acción de impugnación de paternidad legítima</i>	
24. Concepto .....	33
25. Titulares de la acción .....	33
26. Legitimación pasiva .....	36
27. Causales de impugnación .....	37
28. Casos de desconocimiento simple .....	37
29. Casos de desconocimiento riguroso .....	39
30. Caducidad de la acción .....	42
31. La presunción de paternidad legítima y las nuevas técnicas de procreación .....	43
B) <i>Acción de desconocimiento de la maternidad</i>	
32. Concepto .....	49
33. Supuestos en que procede .....	50
34. Legitimación .....	51
C) <i>Acción de desconocimiento de la legitimidad</i>	
35. Concepto .....	51
36. Objeto de la acción .....	51
37. Legitimación .....	52
38. Caducidad .....	53
D) <i>Acción de reclamación de la filiación legítima</i>	
39. Concepto .....	53
40. Supuestos en que procede .....	53
41. Legitimación activa .....	54
42. Legitimación pasiva .....	54
43. Caducidad .....	54
44. Prescripción .....	55
E) <i>Acción de impugnación de la legitimación</i>	
45. Concepto .....	55
46. Titulares de la acción .....	55
47. Caducidad .....	55

**MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO**

**Capítulo X**

**FILIACION**

## I. NOCIONES GENERALES

### 1. Concepto.

La filiación es una de las instituciones fundamentales del Derecho de Familia cuya estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: la unión sexual de hombre y mujer y la procreación de los hijos.

Según Prayones, “la filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra”.

Puede decirse que constituye fundamentalmente, un vínculo biológico-jurídico que une a una persona con sus progenitores, interdependiente y recíproco, dada la correlatividad del estado de familia. Tiene su origen en la *generación*, hecho natural al cual el derecho imputa un complejo de derechos subjetivos familiares y de deberes correlativos.

Algunos autores la conceptúan como vínculo jurídico, lo que al decir de López del Carril implica olvidar el vínculo natural o biológico. Sin embargo ese concepto no excluye el nexo biológico, que es presupuesto indispensable de la filiación natural.

El emplazamiento en el estado de hijo puede no obstante derivar de un acto jurisdiccional: la sentencia constitutiva del estado de hijo adoptivo, que crea una situación similar a la filiación biológica pero que es pura obra jurídica (excepcionalmente puede tener sustento procreacional: adopción del hijo propio).

De allí que se suele distinguir la filiación *biológica* de la filiación *adoptiva*. Dentro de la primera a su vez se la califica de filiación *matrimonial* o *legítima* si corresponde a hijos habidos de padres unidos en matrimonio válido o putativo, y filiación *extramatrimonial* cuando se trata de hijos habidos de la unión libre de hombre y mujer.

El Derecho privilegia la procreación dentro de matrimonio, unión ideal ética y jurídica que asegura estabilidad, permanencia y exclusividad de las relaciones sexuales y la certidumbre de la paternidad.

La filiación que resulta de una unión irregular, o sea extramatrimonial o ilegítima, ha recibido el repudio del legislador ya desde el derecho romano, acentuándose en el código civil francés como consecuencia del voluntarismo racionalista del individualismo, aunque se observa desde entonces un lento proceso tendiente a la equiparación jurídica de las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, que se ha logrado ya en legislaciones modernas a la vez que ha inspirado resoluciones internacionales. El tratamiento de esa evolución legal será tema del capítulo siguiente.

## II. FILIACION MATRIMONIAL

### 2. Generalidades.

El Código Civil argentino, siguiendo la tradición romanista y las ideas imperantes en la época de su redacción, ampara preferentemente al vínculo filial *matrimonial*. Trata sobre los hijos legítimos en el Título II del Libro Primero y tiene como fuentes el Código Civil francés, el Esbozo de Freitas, el Proyecto español de 1851 y el código chileno.

Para Vélez Sársfield son hijos legítimos: a) los concebidos en matrimonio dentro de los plazos legales y cuya paternidad sea incontestable, y b) los legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres. Ambos se encuentran en la misma situación jurídica y sólo los diferencia el momento a partir del cual quedan emplazados

en el estado de hijos legítimos, desde que tratándose de los primeros, lo serán desde la concepción, mientras que los legitimados adquieren su *status* desde la celebración de matrimonio.

### **3. Filiación matrimonial por concepción durante matrimonio.**

Para que la legitimidad se produzca es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: 1) matrimonio válido o putativo de los padres; 2) maternidad de la esposa; 3) concepción dentro de los plazos legales y 4) paternidad incontestable, es decir, que el hijo sea obra del marido.

La maternidad de la esposa es indudablemente el elemento básico y más ostensible de la relación de filiación, al que se refieren directa o indirectamente los demás presupuestos: la paternidad es presumida por la ley en función de la maternidad y del matrimonio, y éste es el vínculo que une a los progenitores: la legitimidad resulta del enlace de todos esos elementos.

La maternidad de la esposa supone a la vez, dos hechos distintos: el parto de la mujer y la identidad del hijo con el nacido de la mujer en ese parto, hechos que por su propia naturaleza son de prueba relativamente fácil. No lo son en cambio, la concepción y la paternidad, al menos en forma directa y positiva.

A los efectos de dar estabilidad y bases firmes a la condición matrimonial del nacido, sustrayendo esta materia a la voluntad de los particulares, se establecen un complejo de normas jurídicas y de presunciones legales tendientes a determinar la concepción matrimonial y la certidumbre de la paternidad.

### **4. Presunción de concepción durante el matrimonio.**

La ley supone concebidos durante matrimonio a los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y a los que nacieren dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido, o porque fuese anulado (art. 240 Cód. civ.).

La norma sólo presume que la *concepción* ocurrió durante el matrimonio: no se trata por tanto de una presunción de legitimidad ni de paternidad. El artículo 240 concuerda con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del Código que establecen la duración máxima y mínima del embarazo y la época de la concepción, ubicando a ésta en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento.

##### 5. Carácter de la presunción legal.

La presunción es absoluta —*iuris et de iure*— y da certeza definitiva, sin admitir prueba en contrario, a la época de concepción del hijo (art. 244). Según Busso, el carácter absoluto de las presunciones establecidas por los artículos 240 a 243 “se funda en el interés social que existe en proteger a la familia y en evitar toda clase de procesos” (t. II, p. 420, N<sup>o</sup> 8).

Modernamente se indica la necesidad de atenuar la rigidez de la presunción de concepción, dado que conclusiones científicas demostrarían la posibilidad del nacimiento después de trescientos días de la concepción. Algunas legislaciones ya han variado el plazo máximo, como lo hace el código civil alemán que lo extiende hasta los 302 días y admite que “el hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la mujer haya concebido al hijo del marido” (art. 1591); y la reforma francesa de 1972 si bien mantuvo la presunción en cuanto a los plazos máximo y mínimo de gestación, los relativizó disponiendo que “la prueba contraria es recibida para combatir estas presunciones” (art. 312).

En doctrina argentina, Estivill, Grosman, Bossert y Zannoni estiman como más racional y justo este sistema, ya que, dicen estos último autores, “el sistema de las presunciones *iuris et de iure* no concilia la seguridad o estabilidad con la realidad” ...mientras que la prueba contraria “permitirá adecuar el caso concreto a una solución de justicia” (*De los hijos legítimos*, comentario art. 244, § 4).

Estas observaciones parecen correctas en algunas hipótesis en las que mantener el carácter absoluto de la presunción atenta no sólo contra la verdad biológica sino también contra la legitimidad, al rechazar el carácter matrimonial del hijo aun cuando se acredite que fue concebido durante matrimonio. Así es posible que la mujer haya sido fecundada con semen del marido muerto naciendo el hijo después de trescientos días del fallecimiento; o que haya habido relaciones sexuales tras la declaración de nulidad de matrimonio. En ambos casos la paternidad del marido de la madre puede resultar acreditada, pero no alcanzando a esas situaciones las presunciones de los artículos 240 y 246, la filiación será extramatrimonial.

Un caso en particular patentiza el problema: el de nulidad de matrimonio por impotencia del marido. El matrimonio putativo confiere legitimidad a los hijos y mantiene la presunción de que el marido es padre de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio (art. 245 Cód. Civ.); si la mujer hubiere tenido hijo, ante la nulidad del matrimonio por impotencia del marido fehacientemente comprobada en juicio, cabría preguntarse si es de aplicación el artículo 240 que considera al niño concebido dentro de matrimonio cuando indubitablemente ese hijo *no puede ser* del esposo. Parece absurdo en este caso mantener el carácter absoluto de la presunción.

#### 6. Cómputo de los plazos establecidos por el artículo 240.

Como los plazos se computan desde la medianoche en que termina el día de su fecha (art. 24 Cód. Civil) quedará excluido de los plazos máximo y mínimo de duración del embarazo, el día del nacimiento (art. 77). Tampoco se computa el día del matrimonio ni el día de la disolución del matrimonio, ya que todos los plazos son continuos y completos (art. 27).

#### 7. Caso de segundas nupcias (arts. 241 y 242).

Puede darse la situación de que, contrariando el plazo de viudez o de espera que la ley impone a la mujer como impedimento

impediente (art. 93, ley 2393), contraiga nuevas nupcias y tenga hijo dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio.

El conflicto de presunciones se planteará cuando el hijo nace dentro de ese plazo pero después de 180 días de celebrado el segundo matrimonio. En este supuesto la ley lo considera concebido en el segundo matrimonio, solución que la doctrina considera plausible en tanto contempla mejor la situación del hijo a quien se reconoce un padre vivo.

#### **8. El artículo 242 y la denuncia de embarazo.**

En virtud del artículo 244, la regla del 242 tiene carácter inflexible. Esta rigidez podría conducir al despropósito de contradecir la realidad biológica en el caso de que la mujer, disuelto su matrimonio y antes de contraer uno nuevo, denunciare su embarazo (art. 247). Si el hijo nace después de los 180 días del segundo casamiento, ¿ha de atribuirse la falsa paternidad al segundo marido?

No es posible extremar la aplicación ciega de los textos legales, dice Borda, quien propugna que debe darse a los jueces la oportunidad de aplicar inteligentemente la ley, apreciar las pruebas y las circunstancias del caso y, de acuerdo a ellas, atribuir el hijo al primero o al segundo matrimonio.

#### **9. Caso de bigamia.**

No hay norma expresa que resuelva el caso pero la solución resulta de la aplicación analógica de los artículos 241 y 242.

Si el segundo matrimonio es de mala fe, la presunción de que el hijo ha nacido del único matrimonio válido mantiene su vigencia, sin perjuicio del desconocimiento de la paternidad por quienes puedan impugnarla.

Si en cambio se trata de matrimonio putativo, siendo el marido o ambos cónyuges de buena fe, la presunción del artículo 240 es aplicable para ambos matrimonios. La decisión judicial resolverá según las circunstancias de hecho a cuál de ellos deberá atribuirse

el hijo, teniéndose presente que es difícil que la bigama haya seguido teniendo relaciones sexuales con su anterior marido. Borda cree que salvo que las circunstancias demuestren otra cosa, habrá que imputar el hijo al primer matrimonio, si ha nacido dentro de los 180 días de celebrado el segundo, y a éste si ha nacido después.

#### 10. Presunción de paternidad legítima. La regla “*pater is est*”.

Se ha visto que para que la filiación sea legítima habrán de reunirse cuatro presupuestos: matrimonio válido o putativo, maternidad de la esposa, concepción dentro de los plazos legales, y, además, paternidad incontestable, es decir, que el marido sea el real progenitor del hijo habido por su mujer.

Si se dan los tres primeros requisitos, la ley presume que los hijos concebidos por la madre durante el matrimonio, tienen por padre al marido.

Es la regla pauliana *pater is est quem nuptiae demonstrant*, pasaje recogido por los compiladores en el Digesto.

La presunción de paternidad del marido está contenida en el artículo 245 del Código Civil que establece: “...la ley presume que los hijos concebidos por la madre durante el matrimonio, tienen por padre al marido”.

#### 11. Carácter.

La presunción de paternidad descansa sobre dos suposiciones antecedentes que responden al comportamiento regular de los esposos: a) el marido ha cohabitado con su esposa durante la época de la concepción, y b) la mujer no ha tenido relaciones sexuales con otro hombre durante dicho período. Estas son probabilidades del normal comportamiento de los cónyuges derivado de los deberes emergentes de matrimonio, como son la cohabitación y la fidelidad. Pero como antecedentes fácticos, pueden no ser ciertos; de allí por qué la presunción tiene carácter relativo y puede ser destruida por prueba contraria.

## 12. Fundamento.

Los autores han dado a la presunción de paternidad del marido diversos fundamentos:

a) *Teoría “dominical” o por derecho de accesión*: es la primera que aparece históricamente y se basa en la idea de atribuir el hijo al marido de la madre, por el derecho que sobre ésta tiene su marido, de la cual el hijo es un “fruto” o accesorio. El hijo es del marido o pertenece al marido por derecho de accesión: porque le pertenece la madre, le pertenece el hijo; no en cuanto *genitor* sino en cuanto *dominus*. La idea es recogida en cuerpos legales antiguos como en las leyes de Manú, y en otros derechos como en Grecia, entre los esclavos; los germanos y otros pueblos indo-europeos.

b) *Teoría basada en la fidelidad e inocencia de la esposa*: siguen esta teoría los primeros comentaristas del Código Napoleón, como Duranton, Marcadé, Laurent, Dalloz y otros más recientes como Gény y Simonet, y entre los italianos Ricci, Barassi y Prazantaro. Para ellos la presunción de paternidad legítima se funda en la fidelidad que la esposa debe al marido, como obligación matrimonial primera y fundamental, y en cierta presunción de inocencia del delito de adulterio que pudiera echar abajo esa presunción de paternidad, inocencia de la que en principio debe gozar la mujer.

c) *Teoría fundada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales*: justifica la presunción de paternidad como consecuencia de las relaciones sexuales exclusivas y excluyentes entre los cónyuges, y la explica por la comunidad de vida que el matrimonio supone y los deberes morales y jurídicos que lleva consigo, lo que permite presumir que los cónyuges consumaron el matrimonio y continuaron cohabitando, cumpliendo tales funciones, y que la esposa ha guardado fielmente la fe jurada; de lo cual se deduce la paternidad del marido. La cohabitación exclusiva y el verosímil cumplimiento de las obligaciones personales permite fundar la presunción de paternidad del marido.

d) *Teoría basada en la vigilancia del marido*: reposa sobre la idea de que al marido le está encomendado el orden y la policía de su casa justificando la atribución de paternidad al marido por la vigilancia que éste ejerce sobre su mujer, facilitada por la convivencia y la autoridad marital.

Se critica esta teoría porque no se ajusta a la realidad social imperante y deja sin explicar por qué actúa la presunción de paternidad en situaciones marginales de la vida matrimonial como en la separación de hecho, o respecto del hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración de matrimonio.

e) *Teoría voluntarista* (o del reconocimiento o admisión anticipada del hijo por el marido). Fue elaborada por Colin, quien parte de la premisa de que la paternidad es un hecho imposible de probar por lo que no puede resultar sino de un reconocimiento, de un acto de voluntad del padre. “La atribución de los hijos al marido es tradicionalmente considerada como basada en una presunción o más bien en una doble presunción, la de cohabitación de los esposos y la de fidelidad. Lo vemos por nuestra parte —dice Colin—, en un acto de voluntad, digamos en un reconocimiento-admisión anticipada que contiene implícitamente el matrimonio: por ese acto el marido confiesa, es decir, recibe, admite por adelantado, en su familia legítima, los hijos que su mujer traiga al mundo después, al menos cuando esa procreación no tenga lugar en ciertas circunstancias anormales, determinadas por adelantado por la ley y que dan ocasión a la impugnación” (*Rev. trim. Droit Civil*, 1902, pág. 283). La impugnación de la presunción de paternidad cuando se dan esas circunstancias, es para Colin una impugnación de ese reconocimiento: el marido *désavoue* —desconfiesa, niega— los hijos que él antes había *avoué*, confesado, admitido.

f) *Teoría formalista*, de Cicu: para este autor, la presunción de paternidad —contenida en el artículo 231 del código civil italiano—, “tiene su base en el acta de nacimiento” en la que el hijo figure como nacido de mujer casada. Ese título de estado acredita

el hecho del nacimiento y la maternidad, lo cual no es suficiente para documentar la legitimidad ya que es necesario la concepción en matrimonio y la paternidad del marido. De tal forma que las presunciones de paternidad, como la de concepción, son integradoras del acta de nacimiento.

g) *Teoría de la cohabitación causal*: formulada por Rivero Hernández, quien sostiene que la regla *pater is est* al atribuir la paternidad al marido, lo que hace es suponer en principio, que la esposa ha cohabitado con su marido... y luego, que el hijo ha nacido de esa cohabitación precisamente, y no de ninguna otra, aunque la hubiere habido. Hay pues una presunción del carácter causal o fecundo de la cohabitación matrimonial, y sólo de esa mientras no se pruebe lo contrario. En todos los casos en que entra en juego la presunción de paternidad —enseña el autor—, hay subyacente una cohabitación presunta, y si la concepción cae dentro de un matrimonio, la cohabitación es no sólo una presunción de hecho sino una consecuencia del deber matrimonial. El carácter generante, causal, de aquella cohabitación y sólo de aquélla, se funda en que lo más probable es que la mujer no haya tenido relaciones nada más que con su marido, ya que mientras no se demuestre lo contrario, nada permite dudar de la exclusividad de esas relaciones matrimoniales. La filiación legítima se presenta así como un efecto del matrimonio.

Al presumirse la paternidad del marido no se presume en realidad, la fidelidad de la esposa: no entra ésta en juego directamente, sino indirectamente, aunque como circunstancia relevante sin duda. Lo que se presume es que el hijo ha nacido por obra de la cohabitación del marido: es el carácter fecundo, generante de esas relaciones lo que excluye que el hijo pueda ser de otro. Esta presunción de generación, sigue Rivero Hernández, por su propio fundamento, y la atribución de paternidad que implica, no puede ser absoluta. Por ello, del mismo modo que la presunción de paternidad cae por defecto de cohabitación (cuando se demuestre la imposibilidad de cohabitación en la época de la concepción), debe admitirse, la prueba de no generación o causalidad de la cohabita-

ción matrimonial en la impugnación de paternidad (*La presunción de paternidad legítima*, págs. 254 y ss.).

La impugnación de la presunción de paternidad en este doble plano, por falta de cohabitación y por defecto de causalidad (o falta de carácter fecundo de la cohabitación matrimonial) se da perfectamente diferenciada en Derecho alemán y suizo y los que siguen su sistema.

La teoría expuesta puede aplicarse en derecho argentino como fundamento de la impugnación de paternidad en el caso de adulterio —más ocultación del parto—, que prevé el artículo 252 del Código Civil. El adulterio es circunstancia previa para probar la no paternidad del marido: a pesar de la coexistencia de relación sexual adúltera, la cohabitación de los esposos no ha sido generante o fecunda.

### III. LEGITIMACION

#### 13. Concepto.

Es la institución del Derecho de Familia que permite emplazar a los hijos extramatrimoniales en el estado de hijos legítimos, por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

En el Derecho romano la legitimación adoptaba tres formas:

1º) Por subsiguiente matrimonio (*per subsequens matrimonium*): tiene lugar cuando se toma por mujer a la concubina. Constantino y Zenón la concedieron con carácter transitorio, pero adquirió estabilidad con Justiniano.

2º) Por oblación a la curia (*per oblationem curiae*): una constitución de Teodosio II y Valentiniano III autorizó a los padres que no tuvieran hijos legítimos para donar o dejar por testamento todo el patrimonio a los hijos naturales, siempre que fuesen inscritos éstos entre los decuriones, si eran varones, o se diesen en matrimonio a decuriones, si se trataba de mujeres. Tal acto no operaba la legitimación, pero se admitió luego que los hijos naturales

ofrecidos a la curia sucediesen al padre por vía intestada, y, más tarde, Justiniano sancionó la patria potestad confirmando también la legitimación en el caso de que hubiera hijos legítimos. El legitimado *per oblationem curiae* sólo adquiere la condición de hijo legítimo respecto del padre.

3º) Por rescripto imperial (*per rescriptum principis*): creada por Justiniano, esta legitimación se concede siempre que, no existiendo hijos legítimos, fuese imposible el matrimonio con la concubina.

En la legislación canónica se admite la legitimación por subsiguiente matrimonio y por rescripto papal.

En las legislaciones modernas, la regla es la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres siempre que éstos tuvieren aptitud nupcial al tiempo de la concepción del hijo. El Código francés, después de la reforma de 1972, la admite respecto de todos los hijos nacidos fuera del matrimonio, es decir, sin restringir la legitimación a los hijos naturales (art. 331 Cód. francés).

Algunos códigos admiten también que pueda ser otorgada por decreto del poder político o por resolución judicial. En España, Italia, Alemania, Holanda y Cuba puede otorgarse por disposición administrativa; por vía judicial en Suiza, Perú, Venezuela. En el Código francés (arts. 333 a 333-6), si el matrimonio aparece como imposible entre los dos padres, el beneficio de la legitimación puede serle conferido al hijo por autoridad de la justicia, si el hijo tiene, frente al padre que la requiere, la posesión de estado de hijo natural. La petición puede ser hecha por uno o por ambos padres.

En nuestro derecho, el Código Civil sólo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres. Con anterioridad a la sanción del Código se conoce un caso de legitimación por decisión legislativa: el de la ley 41 del Congreso de Paraná, del 1º de setiembre de 1855, que declaró legítimos a los hijos naturales de Urquiza.

#### 14. Requisitos.

Para que la legitimación se produzca son necesarios dos requisitos: matrimonio válido o putativo de los padres y el reconocimiento de los hijos.

El artículo 317 del Código Civil establece que para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerlo. Esta exigencia parece excesiva e innecesaria, ya que la legitimación opera *ministerio legis* por el subsiguiente matrimonio, sin tener en cuenta la voluntad de los padres. Sin embargo, la ley ha querido evitar que so color de legitimación, se introduzca en la familia legítima una persona extraña, sin ninguna relación biológica con los sedicentes padres (Borda).

#### 15. Oportunidad del reconocimiento.

El reconocimiento debe hacerse antes de la celebración de matrimonio, al inscribirse éste en los registros o dos meses después de celebrado el matrimonio.

El plazo de dos meses exigido en el artículo 317 ha sido considerado como un elemento accesorio del reconocimiento, que no hace a lo esencial de la institución cuya virtualidad opera por el matrimonio de los progenitores y su declaración de ser padres del hijo legitimado. La opinión doctrinaria es desfavorable a la exigencia de un plazo, y la jurisprudencia, por interpretación extensiva, ha prescindido del plazo en los siguientes casos: si ha habido posesión de estado, que equivale a un reconocimiento de hecho; o si la filiación se encuentra suficientemente comprobada; o si una orden judicial ordena la legitimación (Borda, t. II, N<sup>o</sup> 756).

Para López del Carril (*La filiación*, N<sup>o</sup> 237, p. 92) aunque el hijo no haya sido reconocido en ninguna de las oportunidades previstas en el artículo 317, ni con las formas expresadas en el 318, aun vencidos los dos meses, *igualmente se produce la legitimación* porque opera *ministerio legis* y las limitaciones establecidas en los artículos 311, 317 y 318 lo son al derecho de los padres para legitimar a sus hijos sin impedir que cuando los padres omiten el re-

conocimiento queden aquéllos legitimados por el matrimonio si se encuentran en la situación prevista en el artículo 311.

Aunque el artículo 317 habla de reconocimiento aludiendo al voluntario, iguales efectos produce el obtenido por declaración judicial, que produce *ipso iure* la legitimación, cualquiera fuere su fecha, con retroactividad a la celebración de matrimonio.

#### 16. Formas.

Según lo establece el artículo 318 “el reconocimiento deberá hacerse o en la partida de nacimiento, o ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, o por escritura pública, o en presencia del párroco (debe entenderse hoy ante el encargado del Registro Civil) y testigos del matrimonio, si se hiciese al contraerse éste”. La disposición debe complementarse con lo dispuesto por el artículo 332 que admite el reconocimiento *de otra manera*, y con el artículo 2º de la ley 14.367.

#### 17. Padres que pueden legitimar a sus hijos.

El artículo 311 del Código Civil desde su originaria redacción dice: “los hijos nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuere con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres”. Se trata de los antes llamados hijos *naturales* conforme a la remisión que hace el artículo 324.

Los términos, “aunque fuere con dispensa”, eran coherentes con el régimen aplicable al matrimonio, desde que las leyes canónicas estatúan una distinción entre impedimentos no dispensables e impedimentos dispensables. Al sustituirse por la ley de matrimonio civil el régimen canónico por uno exclusivamente laico, no se previó ninguna posibilidad de dispensa, desactualizando la mención de la misma hecha en el artículo 311.

La ley 2393 se proyectó también sobre el concepto de hijos naturales porque quedaban excluidos los habidos por padres afectados por cualquier impedimento, salvo el ligamen o el parentesco

por consanguinidad, casos para los cuales subsistirían las categorías de hijos adulterinos e incestuosos.

Con la sanción de la ley 14.367 se equiparan las distintas categorías de hijos habidos fuera de matrimonio bajo la denominación común de hijos ilegítimos o extramatrimoniales, y entonces se plantea en doctrina una discrepancia respecto a la procedencia de la legitimación de hijos concebidos en *adulterio*, ya que ninguna duda cabe sobre la imposibilidad del matrimonio de los progenitores incestuosos o afectados por impedimento de crimen, por el carácter permanente del obstáculo legal.

Dos posiciones se han sostenido al respecto: una favorable a la legitimación de los hijos concebidos en adulterio, expuesta principalmente por Díaz de Guijarro; y la otra opuesta, negativa, defendida entre otros por López del Carril. Los principales fundamentos de una y otra posición, sintetizados por Méndez Costa (*De la legitimación de los hijos concebidos en adulterio*, en J.A., 1976-IV-202), son los siguientes:

1º) *Opinión favorable.*

a) Los artículos 311 y 324 “integraban un conjunto ideológico y técnico” alcanzado por la supresión de las distintas categorías de hijos que establece la ley 14.367. De no ser así subsistiría una diferenciación entre “hijos nacidos de personas no unidas entre sí por matrimonio”, que se clasificarían en *legitimables*, e *ilegitimables*. No se trataría de una derogación tácita del 311 “sino de la extensión lógica y coherente de ese sistema de legitimación a todos los hijos extramatrimoniales reconocidos, ahora igualados e indiferenciados por esa ley”. Además, el artículo 1º de la ley 14.367, por ser ley posterior y general, priva sobre el artículo 311, ley anterior.

b) La condición impuesta por el artículo 311 “afecta a los hijos” y no a los padres, porque es el beneficio de los primeros el perseguido por la ley; por consiguiente la polémica debe plantearse en términos de defensa del hijo extramatrimonial, con prescindencia

dencia de la situación de sus padres, por ser ese el propósito final de la ley 14.367 y porque la igualdad que ha creado entre todos los hijos extramatrimoniales, quedaría sin efecto si se interpretara de otra manera.

c) La época de la concepción a que refiere el artículo 311 se ha transformado en una circunstancia irrelevante porque la ley 14.367 atiende el *nacimiento* dentro o fuera de matrimonio.

## 2º) *Opinión negativa.*

a) La remisión del artículo 324 al artículo 311 no establece entre ellos una vinculación irreductible, que derogado uno (el 324) imponga la derogación del otro.

La existencia de hijos *ilegitimables* no puede ponerse en duda, ya que los hijos de padres entre los cuales existe el impedimento de parentesco o crimen, nunca podrán ser legitimados porque sus progenitores carecen definitivamente de la aptitud para contraer matrimonio.

Otra distinción entre hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, además, de la prohibición del artículo 326 expresamente mantenida por la ley 14.367.

b) La condición impuesta por el artículo 311 lo es a los padres. Coinciden todos los autores que sustentan esta posición que son los progenitores quienes deben ser hábiles para contraer matrimonio a la época de la concepción del hijo cuya legitimación se pretende.

Cafferata afirma que: "...si a la legitimidad se entró por la vía de la filiación legítima o de la legitimación y ambas presuponen la existencia de matrimonio válido o putativo, quiere decir que, para que los hijos nacidos fuera de matrimonio puedan aspirar a ser legitimados, sus padres deben de haber tenido la posibilidad de casarse en la época de la concepción, que es la que fija la calidad de la filiación. Ese matrimonio debe haber sido posible cuando el hijo fue concebido, pues de no haber existido esa ha-

bilidad, los padres no hubieran podido contraer una unión válida, única que puede dar la legitimidad a la prole, salvo el caso de matrimonio putativo. Por ese motivo es que el Código pone el acento en la habilidad nupcial de los padres y no en la categoría de la filiación del hijo, que aquí ha sido expresamente omitida. Omisión muy significativa frente a la referencia expresa a esa situación que contienen las fuentes del codificador. . .” (*Legitimación de hijos extramatrimoniales*, p. 45).

c) El artículo 311 fija la condición exigida a los padres a la época de la concepción porque la legitimación resuelve situaciones de *filiación* y la filiación es determinada por un hecho biológico que se cumple justamente en la concepción. Todo el régimen del Código civil relativo al comienzo de la existencia de las personas naturales y a la legitimación de los hijos descansa sobre esa base. No es lógico suponer que la ley 14.367 haya venido a modificar un sistema orgánico como lo es el establecido en los artículos 63, 70, 240, 245 y sus correlativos.

d) Distintos tribunales han tenido oportunidad de expedirse a favor de la plena vigencia del artículo 311 del Código civil, después de la sanción de la ley 14.367, en cuanto *limita* la legitimación por subsistente matrimonio a los hijos extramatrimoniales de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse (CNC., Sala F, LL 114-137 y ss.; C.Civ., Sala A, LL 137-815; C.Civ., Sala E, LL 126-778; C.Civ., Sala B, LL 130-318, ED 24-31 y otros).

e) La recomendación aprobada por el III Congreso Nacional de Derecho Civil propicia una ley aclaratoria para establecer que el artículo 311 se mantiene en su redacción originaria, no obstante la ley 14.367.

f) Luego de la reforma de la ley 17.711, que agregó un nuevo párrafo al artículo 311 sin modificar el texto original, quedan involucrados en la legitimación por subsiguiente matrimonio, los hijos concebidos al tiempo que no se hubiese dictado la sentencia declarando presuntivamente fallecido al cónyuge de uno de los padres,

siempre y cuando dicha concepción fuere posterior al cumplimiento de los plazos fijados en los artículos 22 y 23 de la ley 14.394.

El doble hecho de haberse conservado la redacción original del artículo 311 y de haberse incorporado una norma que sólo tiene sentido si dicha disposición mantiene su vigencia, comporta la consagración legislativa de la tesis opuesta a la legitimación de los hijos concebidos en adulterio. En efecto, la ley exige que la época de concepción del hijo se sitúe una vez transcurridos los plazos de carencia de noticias en los cuales se basa para presumir el fallecimiento del ausente. A su turno, la fijación del día presuntivo del fallecimiento se hará siempre en función de aquellos plazos, por lo que en definitiva al momento de la concepción en todos los casos, la madre estará libre de ligamen, por cuanto ya habrá acaecido jurídicamente la muerte de su marido. Por consiguiente no mediará obstáculo sustancial para la unión de los padres, porque no existirá sino un mero impedimento formal (Llambías, *Código comentado*, p. 986).

g) El artículo 311 establece un *presupuesto de hecho* sin el cual no cabe hacer funcionar la legitimación (Borda, II, nº 758); un requisito para la *validez* de la legitimación, que hace a la *capacidad de derecho* de los progenitores para legitimar (Méndez Costa, *De la legitimación...*, VI). Aceptar la legitimación del hijo concebido en adulterio importa el emplazamiento en el estado de hijo legítimo al margen de un requisito expresamente exigido por la ley.

### 3º) *Opinión personal.*

Los fundamentos expuestos anteriormente llevan a la convicción de que la condición impuesta por el artículo 311 veda la legitimación de hijos concebidos en adulterio. Pero estimo injusta e ilógica la imposición legal.

No creo incompatible la plena y especial protección de la familia con la legitimación del hijo adulterino. La condición impuesta

por el artículo 311 es un pesado lastre de tiempos pasados fundada en discriminaciones ético-sociales ya ampliamente superadas.

El hijo concebido en adulterio debe gozar también del beneficio de la legitimación, porque es *el matrimonio* de sus progenitores *la fuente de su legitimidad*, la razón meta jurídica justificadora. Es con el matrimonio que la familia surge y constituye sobre él el medio óptimo al que el hijo llega —inocente del extravío de sus padres—, y es en la familia donde debe encontrar el ambiente más propicio para su desarrollo físico, intelectual y moral.

El Derecho de filiación moderno toma en cuenta principalmente el interés y papel del hijo en la relación paterno filial, sin ignorar por supuesto ciertos derechos naturales del prógenitor. Es la personalidad del hijo lo destacable, que no se determina tanto por el factor biológico-hereditario, como por el ambiente que modela su carácter y contribuye a su formación ético-espiritual. Este es el valor fundamental a formar por su trascendencia social como hombre del futuro.

¿Cómo se justifica mantener en él la marca inferior de la filiación extramatrimonial? ¿Por qué sus padres alcanzan con el matrimonio el favor de la legitimidad y él debe permanecer ajeno a ese efecto jurídico? ¿Qué valores sociales o morales obligan a mantener la irritante y disvaliosa diferenciación entre hermanos, el uno adulterino, el otro legítimo, habidos de los mismos progenitores unidos ahora por el vínculo trascendental del matrimonio y constituyendo todos una comunidad de lazos de sangre y de sentimientos?

Bidart Campos, considerando estimativamente valiosa la integración de todos los hijos en una sola familia, nos dice: "...parece odioso seguir dividiendo a los hermanos por el origen de la filiación, porque es más moral y más cristiano no reeditar los pecados paternos cuando ya el matrimonio ha venido a regularizar la unión de hecho" (*La legitimación de los hijos que antes de la ley 14.367 se llamaban adulterinos*, ED, 24-31 y ss. VII).

Apoyo la supresión en futura reforma legislativa, de la condición impuesta por el artículo 311.

## 18. Efectos de la legitimación.

El principio general es que la legitimación emplaza al hijo extramatrimonial en la categoría de legítimo, beneficiando a su descendencia matrimonial (art. 319 Cód. civil). Pero los efectos de la legitimación operan desde la celebración de matrimonio (arts. 319 y 323) lo que establece una diferencia entre hijo legítimo e hijo legitimado, ya que el primero gozará de ese status desde la concepción, mientras que el segundo lo hará desde la celebración de matrimonio.

La irretroactividad de la legitimación se reitera en el artículo 323 donde se expresa que los derechos y obligaciones derivados de ella no remontan al día de la concepción ni al día del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influir en los derechos ya adquiridos de sucesión hereditaria, o para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos. Esta norma tiene importancia: a) *en materia sucesoria*: si antes del matrimonio de sus padres se abre una sucesión para concurrir a la cual el hijo debe tener calidad de legítimo, no podría hacerlo por no haber adquirido aún esa calidad, situación que puede ocurrir si el padre es hijo ilegítimo y es declarado indigno o desheredado o renuncia a ella: el nieto no heredaría al abuelo porque en el momento de abrirse la sucesión sería extramatrimonial y se aplicaría la prohibición del artículo 3582; b) *en cuanto al usufructo*: en principio corresponderá al padre desde la celebración de matrimonio, salvo que con anterioridad lo hubiere reconocido voluntariamente, en cuyo caso gozaría del usufructo desde el reconocimiento (art. 11 ley 14.367).

## 19. Legitimación del hijo fallecido.

Con el propósito de favorecer la extensión de los lazos familiares legítimos, el artículo 316 permite la legitimación de los hijos ya fallecidos a la época de celebración del matrimonio, siempre que hubieren dejado descendientes, extendiendo de tal forma el efecto legitimante al parentesco mismo.

La legitimación alcanza sólo a la descendencia *legítima* del hijo premuerto (arg. arts. 319, 365 y 3582 Cód. civil).

## 20. Hijo nacido dentro de los 180 días del matrimonio.

Si el hijo nace dentro de los primeros 180 días de la celebración de matrimonio, la presunción del artículo 240 no le es aplicable, ya que nace fuera del plazo legal de concepción. Pero ha habido matrimonio posterior de sus padres. La situación plantea el interrogante de si es hijo legítimo o legitimado.

Llambías habla de un supuesto de legitimación calificada y Fassi, de legitimación tácita. Argumenta el primer autor que en rigor ese hijo debería reputarse extramatrimonial (arg. arts. 76, 77 y 246 Cód. civil) pero que la ley ha querido privilegiar esa situación equiparándolo a la de los hijos legítimos, operando la celebración de matrimonio como una tácita ratificación de su paternidad.

La opinión predominante es la de considerarlo hijo legítimo. La fuente de la legitimidad de los hijos concebidos antes de matrimonio y nacidos después de su celebración, es el matrimonio de sus padres, operándose la legitimidad de pleno derecho y en atención al *favor legitimitatis*. Como hijo legítimo lo considera el artículo 253, dentro del Título de los hijos legítimos.

Además no concurren en el supuesto, condiciones y circunstancias que emplazan al hijo legitimado: la legitimación es una institución que permite adquirir legitimidad a los hijos *nacidos* antes de matrimonio, si deviene su posterior celebración. Y exige, como requisito de forma, el reconocimiento expreso de ambos padres, conjunta o separadamente.

Por otra parte si fuera legitimado, cualquier interesado podría impugnar la paternidad de ese hijo; ello no sucede con el hijo que nace dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio, ya que es solamente el marido quien puede intentar el desconocimiento de la paternidad.

Ahora bien: como la fuente de legitimidad es el matrimonio, ella se adquiere desde el momento de la celebración del mismo,

no retrotrayéndose al momento de la concepción. La cuestión puede tener importancia en materia sucesoria en cuanto a la vocación adquirida entre la concepción y el momento de la celebración de matrimonio, acto éste que no puede alterar la calidad y extensión de los derechos adquiridos durante ese plazo. Así, interesa cuando el hijo concebido —extramatrimonial— heredara a su abuelo por causa de desheredación, indignidad o renuncia de su padre que todavía no hubiere contraído nupcias. Y aun se podría ver privado de vocación sucesoria para el mismo caso, si el mismo padre fuera a su vez hijo extramatrimonial.

## **21. Derecho comparado.**

La tendencia en las legislaciones modernas es considerar legítimo al hijo nacido dentro del matrimonio, sea cual fuere la fecha de la concepción, y en algunos ordenamientos, además, se aplica expresamente la presunción de la paternidad del marido a los nacidos dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio.

En el derecho francés, el artículo 314 del Código, después de la reforma de 1972, establece expresamente que el hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración de matrimonio es legítimo y juzgado como tal desde la concepción.

Igual carácter matrimonial, le atribuyen el Código de Familia de Bolivia (art. 185), el Código Civil peruano (art. 299) y el Código Civil italiano (art. 233, reformado por la ley de 1975).

La legislación alemana dispone que el hijo que ha nacido después de la celebración de matrimonio es legítimo si la mujer lo ha concebido antes o durante el matrimonio y el marido ha cohabitado con la mujer durante la época de la concepción (art. 1591). Si la concepción ha sido anterior a las nupcias, en caso de desconocimiento de paternidad, la cohabitación prenupcial debe probarse a fin de hacer aplicable la presunción de paternidad del marido, quien a su vez puede demostrar la imposibilidad de ser el padre del nacido.

El Código Civil suizo establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días después de su disolución, tie-

ne por padre al marido. Si el hijo ha sido concebido antes de la celebración de matrimonio, el actor no debe probar otro hecho; sin embargo en este caso, se presume igualmente la paternidad del marido cuando es verosímil que ha cohabitado con su mujer a la época de la concepción (arts. 255, 256 b).

#### IV. PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA

##### 22. Prueba ordinaria.

El artículo 263 del Código civil, según la nueva redacción dada por el artículo 114 de la ley 2393, dispone: "La filiación legítima se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista, y a falta de éste por la inscripción en el registro parroquial y por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde la vigencia de esta ley, y en los parroquiales antes de ella. A falta de inscripción o cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres o como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba".

Según la primera parte de la norma, la filiación legítima se prueba por dos instrumentos públicos: la partida de matrimonio de los padres y el acta de nacimiento del hijo. La reunión de ambos instrumentos constituye la prueba ordinaria de los dos presupuestos de la filiación legítima: el matrimonio de los progenitores y la concepción del hijo dentro de los plazos legales.

Las inscripciones de las correspondientes partidas en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas se acreditan con testimonios de las actas originales, copias, certificados de ellas, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección General del Registro Civil (art. 24 dec.-ley 8204/63, según ley 18.237).

##### 23. Prueba supletoria.

A *falta de inscripción* del nacimiento, o en caso de *destrucción de los asientos registrales*, los presupuestos de la filiación legítima

pueden ser acreditados por todos los medios de prueba, a los efectos de obtener la correspondiente inscripción.

Pueden darse distintas circunstancias en las que proceda la prueba extraordinaria, o en su caso, la interposición de acciones de estado:

a) Cuando falta la inscripción del nacimiento, pero existe partida de matrimonio y los padres viven, el matrimonio en este caso se probará con el acta respectiva. Judicialmente deberá probarse la concepción dentro de los plazos legales, el parto, y la identidad del nacido de la madre con aquel cuya inscripción se desea.

b) En el mismo caso, pero habiendo fallecido los padres, además de los extremos señalados, ¿deberá acreditarse también la posesión de estado? Por aplicación analógica del artículo 325 del Código civil, y dado que la prueba de la filiación legítima debe ser más estricta que la de la filiación extramatrimonial, algunos autores exigen la prueba de la posesión de estado completa, es decir, con sus tres elementos clásicos.

Pero el artículo 263 no impone necesariamente ese recaudo. En todos los casos, la posesión de estado será sin duda relevante, aunque siempre como prueba subsidiaria y en ningún supuesto, autosuficiente para dispensar la comprobación del nexo biológico.

c) Inscripción hecha como “de padres no conocidos”: en la hipótesis deberá promoverse la acción de reclamación de la filiación legítima (art. 259 Cód. Civil).

d) Inscripción hecha “bajo falsos nombres”: si el hijo aparece inscripto como extramatrimonial de otras personas, podrá impugnarse el reconocimiento hecho por sus presuntos padres extramatrimoniales (art. 335 Cód. Civil). Si en cambio, la inscripción se hizo como hijo de otro matrimonio, deberá entablarse la acción de impugnación de filiación matrimonial o impugnación de la maternidad (art. 261 Cód. Civil).

e) Por último, si el asiento, o el Registro se hubiere destruido,

acreditados previamente estos hechos, deberá probarse además el nacimiento de mujer casada. Todos los medios probatorios son admisibles.

## V. ACCIONES DE ESTADO RELATIVAS A LA FILIACION LEGITIMA

### A) ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD LEGITIMA.

#### 24. Concepto.

Es acción declarativa, de contestación, impugnación o desconocimiento de estado, y de desplazamiento del estado de familia ya que de prosperar produce con efecto retroactivo el corrimiento de la filiación legítima del hijo a la situación de hijo extramatrimonial de la madre.

Los distintos supuestos de procedencia de la acción se encuentran regulados en los artículos 246, 251, 252, 253, 254, 256 y 258 del Código Civil aun cuando en algunos de ellos se emplee erróneamente el término “legitimidad”.

#### 25. Titulares de la acción.

a) *El presunto padre.* Dice el artículo 256 que mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la “legitimidad” (debió decir paternidad) del hijo concebido durante el matrimonio.

Tradicionalmente se encuentra el fundamento de esa exclusividad para el ejercicio de la acción en que “sólo el marido puede ser juez de su propia paternidad”; conceder el derecho de impugnarla a otros interesados, permitiría que, por cuestiones meramente patrimoniales (particularmente hereditarias), o ataques mal intencionados, se perturbe la paz y la intimidad de las familias legítimas ordenadamente constituidas.

Solamente si el padre muriese durante el plazo breve de caducidad de la acción —dos meses desde que tuvo conocimiento del parto—, podrán los herederos ejercer la acción, salvo que, tratándose de hijo nacido dentro de los primeros 180 días de la celebración de matrimonio, el padre lo hubiera reconocido (art. 253).

En caso de interdicción del marido, surge el interrogante de si podría su curador impugnar la presunta paternidad del hijo habido por la esposa de aquél. Al respecto difiere la doctrina sobre la posibilidad del ejercicio de la acción por el curador. Los primeros comentaristas de nuestro Código negaban tal posibilidad dado el carácter personalísimo del derecho potestativo reservado al presunto padre, admitiendo que la interdicción constituía causa de suspensión del plazo de caducidad de la acción, que el padre podría ejercer recuperada su capacidad. En doctrina más reciente, Borda y Cafferata conceden la acción al curador en los casos de imposibilidad absoluta de que el marido haya engendrado al supuesto hijo. Otros autores como Belluscio, Bossert y Zannoni se pronuncian por la negativa en cualquier supuesto, señalando la circunstancia de que, normalmente, será la esposa la curadora de su marido, quien deberá solicitar un curador especial para el caso, lo que presumiblemente no hará.

b) *Los herederos del presunto padre.* La impugnación de la paternidad legítima puede deducirse también por los herederos, conforme lo dispone el artículo 258 que, en terminología imprecisa habla de “contradecir la legitimidad”.

También la norma confiere legitimación activa a cualquier persona que tenga interés actual en impugnar, es decir, un interés patrimonial subordinado a la exclusión del supuesto hijo en la sucesión de su supuesto padre, tales como el legatario de cuota, o el legatario particular o el donatario, que podrían verse sometidos a reducción de su legado o donación por la concurrencia del hijo legítimo; inclusive se admite el ejercicio de la acción por el Estado cuando el pretendido hijo fuese el único sucesor.

A pesar de que la ley otorga la acción a los herederos, éstos no pueden ejercerla en los mismos casos y condiciones que el presunto padre.

1º) No podrán entablar la acción cuando se tratare de desconocer la paternidad del hijo nacido dentro de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, ya que su ejercicio compete

exclusivamente al marido, aunque podrán continuar la acción iniciada por el presunto progenitor (art. 258).

2º) Los herederos tampoco pueden accionar si se ha producido la caducidad de la acción por no haberla intentado el marido dentro de los sesenta días posteriores desde que tuvo conocimiento del parto (art. 254), pues al operarse la caducidad se consolidó definitivamente el estado de hijo legítimo.

3º) Los herederos carecen en cualquier caso de acción si el padre hubiera reconocido al hijo (art. 258) en su testamento o en otra forma pública. El reconocimiento paterno extingue la acción.

4º) La madre, aunque heredera del presunto padre no puede entablar la acción porque sería admitir la invocación de su propia torpeza.

5º) El hijo carece de legitimación para desconocer la paternidad del marido muerto. No podría invocar su carácter de heredero ya que precisamente el progreso de la acción implicaría excluir su calidad de tal, lo que envuelve una irreductible contradicción.

c) *¿Cabría la acción al hijo durante la vida del marido?* Existe un obstáculo legal insalvable que impide el ejercicio de la acción al hijo: el artículo 256 sólo la concede al padre mientras viva. Pero fundamentalmente existen razones éticas que vedan el ejercicio de la acción al hijo, ya que tal actitud implicaría afirmar el adulterio de su madre cubriendo de deshonor a quien de todos modos le dio la vida; hacer del hijo el juez de la conducta de los padres, desestabilizar el orden familiar.

Borda considera el caso como de "hipótesis excepcional" que permitiría al hijo reclamar la filiación contra su verdadero padre, sea por el deseo de negar una falsa paternidad y de ostentar la auténtica, sea por su interés en reclamar la herencia del verdadero padre.

Díaz de Guijarro, ante la ausencia de precepto que prohíba la impugnación, aplica por analogía el artículo 335 que admite la

impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial y el artículo 321 que refiere a la impugnación de la legitimación concluyendo que no se concibe que los hijos legítimos se hallen en situación inferior que los hijos extramatrimoniales y de quienes son hijos matrimoniales por legitimación.

Rivero Hernández argumenta que "...si en principio, en circunstancias normales, parece correcto que sólo el marido puede impugnar su paternidad... no lo será ya siempre en ciertas situaciones: cuando el marido, consciente de su no paternidad, la retiene como medio de presión o de chantaje; o cuando el hijo es víctima de tensiones entre los esposos y la falta de acuerdo entre éstos impide que pueda adquirir otra legitimidad a través de la legitimación por matrimonio de su madre con el verdadero padre tras divorcio del anterior (donde sea posible); o cuando la impugnación por el propio hijo no añade ya ningún deshonor a la conducta de la madre, conocida o discutida ya en juicios sobre su estado y filiación" (página 413).

Las argumentaciones permisivas de la acción por el hijo no pueden salvar sin embargo, la valla legal del artículo 256 del Código argentino: esta norma otorga al marido el derecho exclusivo y único de desconocer su paternidad.

En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), se aprobó por mayoría la siguiente recomendación: "La acción de impugnación de la paternidad legítima conferida por la ley al marido es personalísima. Fallecido éste sólo puede ser ejercido por las personas mencionadas en el artículo 258. El hijo no es titular de dicha acción".

## 26. Legitimación pasiva.

La acción de impugnación de la paternidad debe dirigirse contra el hijo, a quien se nombrará un tutor especial *ad litem*, y también contra la madre porque en la cuestión estará involucrado el carácter legítimo de su maternidad.

## 27. Causales de impugnación.

Nuestro Código participa de la característica de las legislaciones de tipo latino influidas por el Código Napoleón, con una regulación estricta y especial de la impugnación de la paternidad legítima que se refleja en la selección legal y casuística de las causas de impugnación, basada principalmente en el *favor legitimitatis* y en el propósito de asegurar la legitimidad, más benéfica en general para el hijo.

Esa técnica es legislativamente deficiente, por exceder en algunos casos, la prueba de extremos innecesarios, como por no contemplar otras situaciones tan apreciables en justicia como las reguladas en la ley. Así la prohibición de que el marido invoque como causa de desconocimiento su propia impotencia anterior al matrimonio (art. 246) que es un caso claro de imposibilidad de acceso; también la exigencia de la concurrencia del adulterio con la ocultación del parto, ya que si se prueba el adulterio y se produce la prueba negativa de la paternidad del marido, resulta innecesario que el parto le haya sido ocultado. Otras situaciones no encuentran regulación en la enumeración de causales de impugnación, principalmente las que plantean las nuevas técnicas de inseminación artificial y de fecundación extrauterina.

En otras legislaciones el sistema es “abierto”, no hay restricción de casos ni limitación de medios de prueba. El hijo será ilegítimo cuando se pruebe que el marido no es, o no podría ser el padre, o que es manifiestamente imposible que sea padre del hijo impugnado, debiendo probarse la no paternidad del marido, su imposibilidad de ser progenitor del hijo. Así ocurre en el código alemán (art. 1591); en el suizo (art. 254); en el Código de la Familia polaco; en la ley húngara sobre el matrimonio y la familia, y en la reforma francesa de 1972 (art. 312).

## 28. Casos de desconocimiento simple.

1º) *Hijo nacido dentro de los primeros 180 días de la celebración de matrimonio*: a pesar de que a ese hijo no le alcanza la presunción de concepción del artículo 240 ni la de paternidad del

artículo 245, el matrimonio ha operado como fuente de legitimidad, y es considerado hijo legítimo. Esta calidad puede sin embargo ser discutida por acción de impugnación del presunto padre, quien deberá probar la fecha del nacimiento y la de su matrimonio acreditando así que la concepción fue anterior al casamiento. La negación de paternidad se fundará sólo en el hecho de que el nacimiento ha acaecido antes de cumplirse el término mínimo de embarazo.

Pero hay supuestos en que el marido no puede desconocer la paternidad —artículo 253—, sea porque supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, o si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo el hijo de su mujer. El reconocimiento y el *favor legitimitatis* consolidan el estado de hijo y tornan inimpugnable la paternidad legítima.

2º) *Hijo nacido durante la ausencia del marido presuntamente fallecido (art. 251)*: si el hijo nace después de los trescientos días a partir del primero de la ausencia, los herederos del marido pueden negar la paternidad del ausente. La norma concuerda con los artículos 240, 245 y 246 del Código.

Los herederos accionantes deberán probar la fecha en que principió la ausencia del marido, que resultará de la sentencia que declara el fallecimiento presunto; y el día del nacimiento del hijo, que surgirá de la correspondiente partida.

Se advierte que el hijo ostentará emplazamiento formalmente constituido por el título de estado (partidas de matrimonio y de nacimiento), del que resulta atribuida la paternidad al ausente; y que esta calidad de hijo legítimo pretenda oponerse a los herederos del marido ausente.

3º) *¿Procede la acción de impugnación de paternidad legítima en el supuesto del artículo 250 del Código Civil?* En su redacción originaria, el caso previsto en esa norma mantenía la presunción de paternidad, lo que posibilitaba al marido su desconocimiento.

Pero el texto fue sustituido por la ley 17.711 y en la actualidad no se requiere tal impugnación pues la presunción no rige.

Conforme al nuevo texto el hijo nacido después de los trescientos días en que tuvo lugar la separación de los cónyuges por mediar entre ellos juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, no se presume hijo del marido y será por tanto hijo extramatrimonial de la mujer. La conclusión es lógica porque mediando separación falta la base esencial para la calificación de los hijos de la esposa, que es la cohabitación.

La simple separación de hecho no está comprendida dentro del supuesto analizado; aquélla es una situación que puede quedar comprendida dentro del caso de impugnación rigurosa contemplado por el artículo 246.

En cuanto al momento desde el que deben computarse los 300 días, en el caso de mediar juicio de divorcio o de nulidad, debe serlo desde la interposición de la demanda o desde la exclusión de uno de los esposos del hogar común. Este momento procesal da certeza a la iniciación del cómputo, lo que condice con la seguridad jurídica que debe privar en relación a la filiación legítima.

La última parte del artículo 250 concluye: "...salvo que se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción"; probado este extremo, la presunción de paternidad legítima renace, sin que se requiera declaración judicial, salvo que se controvierta el hecho de la reconciliación o se alegare la imposibilidad de acceso carnal durante los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. No se requiere una reconciliación plena y perfecta, con reconstitución de la pareja y la vida en común: basta con la prueba de que hubo convivencia aunque fuera fugaz y se limitara a una sola cópula.

## 29. Casos de desconocimiento riguroso.

1º) *Imposibilidad del acceso carnal del marido con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art. 246, segunda parte):* Se trata de la im-

pugnación tipo, que destruye la presunción de paternidad atacando al elemento cohabitación que está en la base de toda relación paterno-filial. Se verá, no obstante, cómo las modernas técnicas de procreación plantean una difícil y delicada problemática en torno al tema.

Fundamentalmente la imposibilidad de cohabitación puede ser motivada por dos hechos: el alejamiento de los esposos y la impotencia del marido. Respecto del primero, los casos generalmente señalados son la ausencia o separación por larga distancia, el encarcelamiento, la movilización militar, la internación en establecimientos sanitarios siempre que no haya existido régimen de visitas, o salidas del marido; la enfermedad que impida la realización del acto sexual. Lo que se exige con rigor es que esa separación de los esposos haya sido tal que haya impedido realmente la cohabitación.

Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria exigen que la imposibilidad de acceso sea *física*, material, absoluta. La doctrina francesa e italiana enseñan modernamente que la impugnación procede cuando existe certeza *moral* de la imposibilidad de cohabitación; así se considera como causa de impugnación el abandono del domicilio conyugal por cualquiera de los cónyuges si ha durado todo el período de la concepción. En su obra *De los hijos legítimos*, Bossert y Zannoni fundamentan su adhesión a esta opinión admitiendo a la separación de hecho como causal de impugnación contemplada en el artículo 246 del Código Civil. “Sólo señalamos —dicen los autores— que tanto por razones materiales, como por otras de índole moral, puede llegar el juez a la plena convicción de que no puede haber mediado acceso entre los esposos durante el período de concepción, ya que a diferencia de las reacciones animales, la conducta humana es, por encima de todo, una expresión espiritual; los límites de probabilidades de las conductas están por tanto dados, no sólo por las imposibilidades materiales, sino también por ese decisivo rasgo moral, que convierte al hombre en una categoría diferente” (coment. art. 246, § 11).

En cuanto a la impotencia del marido, el artículo 252 le prohíbe invocar su propia impotencia anterior al matrimonio, para desco-

nocer al hijo de su mujer. La norma ha sido tomada de García Goyena quien la justificó diciendo “que el hombre que ha afectado temerariamente ser capaz de paternidad, debe cargar con las consecuencias de su torpe engaño” (nota al art. 102).

La disposición ha sido justamente criticada: la impotencia del marido es prueba segura y suficiente de la inexistencia de nexo biológico entre el marido y el hijo de su mujer. Además, la torpeza nada tiene que hacer en este caso; en efecto, dice Belluscio, “no sólo el impotente puede ser de buena fe por haberse puesto de manifiesto su defecto con motivo del matrimonio, sino también, aunque sea de mala fe, no guarda relación la falta de celebrar matrimonio sabiéndose impotente con la sanción de imponerle la paternidad de hijos ajenos” (*Manual*, T. II, nº 458).

2º) Otra posibilidad de desconocimiento riguroso de la paternidad está regulado por el artículo 252 del Código civil: “. . . si a más del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado . . .”

El primer extremo a probar es el adulterio de la mujer, que debe haber tenido lugar durante la época de la concepción. Las relaciones sexuales con tercero hacen incierta la paternidad del marido, pero no excluyen la posibilidad de que el hijo sea realmente obra del marido. De allí por qué el legislador exige además la prueba de la ocultación del parto, a la que debe asimilarse la ocultación del embarazo. Este hecho, unido al adulterio, sería como una confesión de la mujer respecto a la no paternidad del esposo. Zannoni entiende que la ocultación del parto constituye una prueba indirecta del adulterio; es decir, que la ocultación hace presumir el adulterio y será a cargo del demandado, en este caso el hijo representado en el juicio, destruir la presunción, o sea, alegar los hechos que impiden reputarla con vigor suficiente para inferir el adulterio (*Derecho de Familia*, II, nº 728).

Acreditados el adulterio y la ocultación del parto: ¿es forzoso que el marido pruebe además que él no es padre del nacido? ¿Deberá necesariamente producir prueba negativa de paternidad, de

sangre, antropomórficas u otras que lleven al juez la convicción de que no es padre del hijo de su mujer? La parte final del artículo 252 impone al marido la prueba de todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo.

Algunos autores opinan que la coincidencia de esas circunstancias tan graves —adulterio y ocultación del parto—, es suficiente para destruir la presunción de paternidad legítima, lo que no significa que necesariamente deba admitirse la acción de desconocimiento (Borda, Bossert y Zannoni), porque aún acreditados aquellos extremos, la mujer puede probar que la criatura es hijo biológico de su esposo. Así por ejemplo, cuando prueba que ha tenido relaciones sexuales sólo con su marido y el amante y acredita la incompatibilidad sanguínea entre el hijo y el amante; o prueba el extraordinario parecido físico del esposo con el niño; o que el marido, no obstante el adulterio y la ocultación del parto, le ha dado trato de hijo, u otras circunstancias que lleven al juez la convicción de que el marido es el padre del niño.

La acreditación necesaria de ambos extremos —adulterio y ocultación del parto—, que es una consecuencia más del sistema cerrado que en materia de impugnación de la paternidad adoptara Vélez Sársfield, podría conducir a una situación absurda: bastará a la mujer adúltera no ocultar el embarazo o el parto para impedir a su marido el ejercicio de la acción. Ante esta situación, inmoral y maliciosa, el juez debería admitir la demanda de impugnación por el marido quien podrá acreditar por prueba hematológica o cualquier otro medio científico fehaciente, la imposibilidad de que sea biológicamente el padre de la criatura.

### **30. Caducidad de la acción de impugnación de paternidad legítima.**

Para el marido la acción caduca a los sesenta días o a los dos meses —se computa el plazo que resulte más amplio—, desde que tuvo conocimiento del parto (arts. 254 y 4042 del Código civil). La brevedad del plazo se fundamenta en el interés social por la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas familiares.

Para los herederos y otros interesados, la acción caduca a los dos meses de haber entrado el hijo —o su representante legal— en posesión material de los bienes del marido (arts. 258 y 4043).

31. **La presunción de paternidad legítima y las nuevas técnicas de procreación.**

Tanto la inseminación artificial como la fecundación extrauterina son procedimientos procreativos antinaturales que plantean problemas jurídicos inimaginables por el legislador del siglo pasado.

La inseminación artificial permite la fecundación sin cópula o coito, inoculando el semen del marido (inseminación homóloga) o el de un tercero (inseminación heteróloga o terapéutica) en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino, mediante jeringas o catéteres.

La fecundación extrauterina —*in vitro*—, permite el traslado al útero femenino del embrión fecundado fuera del seno materno.

Ambos procedimientos de generación irregular permiten a los esposos la procreación removiendo los obstáculos orgánicos o funcionales que la impiden por vía natural: puede tratarse de la esterilidad, sea de la mujer, sea del marido; de la impotencia *coeundi* de alguno de ellos, sea de otras causas físicas o fisiológicas que impidan la fecundación por acto sexual conyugal normal.

Con las nuevas técnicas, la ingeniería genética ha conmovido las bases estructurales del Derecho de Familia y en especial la teoría de la paternidad y de la filiación asentada sobre el hecho biológico de la generación humana derivada de relación sexual entre hombre y mujer en cópula perfecta y natural. Las instituciones jurídicas resultan insuficientes o cuanto menos deficientes para regular las nuevas situaciones, que necesitarán en el futuro de una normatividad propia atendiendo a la realidad social de su práctica cada vez más difundida no obstante los reparos que en los aspectos éticos o psicosociales entraña el empleo de tales métodos.

En efecto, las confesiones religiosas y en especial la doctrina católica afirman la ilegitimidad moral de esos procedimientos. Pío XII, en su discurso dirigido a los participantes del IV Congreso

Internacional de médicos católicos, en setiembre de 1949 afirmó que: “La práctica de la inseminación artificial en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente ni aún principalmente, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho...” “La fecundación artificial pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral; y, como tal, debe reprobarse sin apelación. Sólo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo, imposible de ceder, inalienable. A todo aquel que da vida a un pequeño ser, la Naturaleza le impone en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y de su educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero —aunque el esposo hubiere consentido— no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal”. “En cuanto a la licitud de la fecundación artificial en el matrimonio, bástenos por el instante recordar estos principios de derecho natural: el simple hecho de que el resultado al cual se aspira se obtenga por este camino, no justifica el empleo del medio mismo; ni el deseo, en sí muy legítimo, de los esposos de tener un hijo, basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial, que realizaría este deseo. Por otra parte, es superfluo observar que el elemento activo, no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la Naturaleza”. El propio Pío XII agregaba en el discurso pronunciado en el II Congreso Mundial de la Fecundidad y Esterilidad, en 1956, que: “En cuanto a los intentos de fecundación artificial humana *in vitro*, séanos suficiente observar que hay que rechazarlos como inmorales y absolutamente ilícitos”.

Esta enseñanza ha sido ratificada por el Papa Juan XXIII en su Encíclica *Mater et Magistra* y recientemente Juan Pablo II, hablando en el Consejo Pontificio de la Cultura, en pesimista pronóstico sobre el futuro de la sociedad ha señalado que la humanidad está amenazada por la ingeniería genética y por el riesgo de la manipulación genética.

La doctrina nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la moralidad y licitud de estos métodos modernos de procreación en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961, donde recibieron la reprobación de los más distinguidos juristas del país. Más recientemente algunos autores afirman que la pareja conyugal tiene derecho a acudir a tales procedimientos si no puede tener descendencia por los medios naturales, siendo necesario tener en cuenta las circunstancias del caso, por ser la única posibilidad que existe contra la esterilidad cuando todos los otros medios terapéuticos han sido ineficaces; que no existe prohibición alguna para esa elección y en consecuencia rige la regla fundamental del artículo 19 de la Constitución Nacional (Grosman); que la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano con los componentes genéticos de marido y mujer, ya que aunque falte la cópula perfecta entre ellos, no es porque la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque esa cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación (Zannoni); que en cuanto a la inseminación heteróloga donde interviene en la fecundación componente genético extraño a marido y mujer, el presupuesto de que el hombre no puede disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos, puede ser distinto según las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros, ya que puede ser repudiable si su motivación es lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias eugenésicas que esconden razones raciales; pero también podría ser altruista cuando por ejemplo se dona el semen para su utilización por matrimonios infértiles.

Paralelamente al cuestionamiento ético, la inseminación artificial y la fecundación extrauterina proyectan problemas jurídicos en especial relativos a la aplicación de la presunción de paternidad legítima y a las causales de su impugnación, planteando interrogantes sobre la posibilidad o imposibilidad del desconocimiento, por lo que habrán de examinarse algunas situaciones referidas dentro del marco legislativo argentino.

a) *Inseminación artificial homóloga*: Fecundada la esposa por inseminación artificial homóloga o fecundación extrauterina con óvulo de ella y semen del marido, y ocurrido el nacimiento dentro de los plazos que hacen presumir que la concepción ocurrió durante matrimonio, se dan los presupuestos de la filiación legítima y opera en plenitud la presunción legal de paternidad atribuida al marido.

Podría plantearse la cuestión de que el esposo impugnara la paternidad alegando imposibilidad física de acceso carnal —sea por negar haber remitido el semen a distancia o por impotencia sobreviniente al matrimonio—, durante el período legal de concepción. Tal actitud de quien, habiendo consentido en la extracción de su propio semen y en el procedimiento seguido para la fecundación, intentara desconocer el origen biológico de la filiación, sería una afrenta, una injuria para con la esposa y el hijo, a quienes debe reconocérseles la defensa de la prueba de la inseminación artificial homóloga. Además de constituir un típico supuesto en que corresponde aplicar la *doctrina de los actos propios* que exige buena fe en el comportamiento y descalifica a aquel que obra deslealmente contrariando una conducta anterior.

Otro interesante caso puede plantearse cuando la fecundación se ha realizado con semen del marido con posterioridad a su muerte o a la anulación del matrimonio, naciendo el niño después de los trescientos días de la disolución. Por imperio de lo dispuesto en los artículos 240, 245 y 246, el hijo no es matrimonial; mas si se prueba por la madre que ha sido fecundada con esperma de su marido, la paternidad extramatrimonial debe serle imputada. Para el caso opina Grosman que no es posible aplicar a esta hipótesis el presupuesto de una filiación normal basada en la cópula y que en beneficio del vástago corresponde se lo considere hijo del matrimonio no sólo porque esa ha sido la voluntad de los esposos, sino porque existe nexo biológico con ellos.

b) *Inseminación heteróloga con consentimiento del marido*: En el caso la mujer ha sido fecundada con semen de un tercero, pero existe un aditivo componente de esa fecundación que es decisivo

para la atribución de paternidad: la voluntad o consentimiento del marido. La hipótesis es un esquema nuevo carente de toda regulación específica ya que al respecto existe una verdadera laguna legal originada por el avance científico que ha dado lugar a formas de engendramiento no imaginadas por el legislador (Cafferata. I Congreso de Derecho Civil de 1961, pág. 308), y si bien podría acudir a los principios generales del derecho o principio de analogía ante la ausencia de una regla positiva (Llambías), la seguridad jurídica y el interés del hijo exigen preceptos claros y precisos (Grosman).

Siendo que la inseminación heteróloga o fecundación extrauterina con semen de un dador da origen a un sistema de filiación respecto del marido de la madre que se aparta del presupuesto biológico, el ordenamiento legal debería encontrar el fundamento del nexo filial matrimonial en la voluntad y la responsabilidad procreacional (Díaz de Guijarro, Enrique, *La voluntad y la responsabilidad procreacional desde el punto de vista jurídico*, JA, 1965-III), siendo el consentimiento del marido un acto jurídico familiar con entidad suficiente para constituir fuente de legitimidad del hijo.

Se trataría de una filiación ya no derivada de la procreación sino de la ley, que crearía una situación similar a la adopción plena, negando relevancia por una parte, al nexo biológico con el dador quien estaría imposibilitado de reclamar el reconocimiento del lazo biológico, en posición análoga al padre de sangre en la adopción; y no admitiendo, por la otra parte, acción al marido para desconocer su paternidad por ausencia del vínculo biológico porque este fundamento de la filiación ha quedado descartado desde el comienzo.

La actitud del marido que, habiendo manifestado su consentimiento pretendiera luego impugnar la paternidad constituiría un abuso de derecho, o si se quiere, un típico supuesto de aplicación de la doctrina de los actos propios, no admitiendo desdeñarse a quien ha prestado libremente su consentimiento a favor de la inseminación heteróloga, no pudiendo considerarse intrascendente esa ligadura volitiva fundándola en la indisponibilidad de los derechos de familia ni en la inmoralidad o ilicitud del medio empleado.

c) *Inseminación heteróloga o fecundación extracorpórea con óvulo de la esposa y semen de un tercero sin consentimiento del marido*: En este supuesto el hijo no es ni biológica ni volitivamente obra del marido, sino tendrá el carácter de hijo extramatrimonial de la mujer.

Pero el desconocimiento de la paternidad del marido se ve imposibilitado por nuestro sistema taxativo de causales, porque bien pudo no haber habido imposibilidad de acceso (art. 246), ni adulterio y ocultación del parto (art. 252) y tampoco el marido padecer de impotencia coendi.

Llambías admite la posibilidad del desconocimiento recurriendo al principio de analogía (art. 16 Cód. Civil) así como se permite al marido renegar de la paternidad respecto del hijo habido por la esposa cuando él no ha tenido contacto sexual con ella durante el período de concepción.

Díaz de Guijarro cree que podría ser aplicable a la hipótesis planteada en el artículo 252 del Código Civil, no porque la situación equivalga a adulterio, sino por la falta de voluntad procreacional y consiguiente ausencia de responsabilidad del marido, que, unido a la ocultación del parto, mostraría el propósito exclusivo y unilateral de la esposa de llegar a la maternidad. El plazo para la acción de desconocimiento correría desde que se tuvo conocimiento de la inseminación artificial.

d) *Fecundación extrauterina con óvulo de otra mujer y semen del marido*: Para Grosman el nacido por esta técnica debe ser considerado vástago del matrimonio, siendo el soporte de la relación de filiación el elemento intencional, la voluntad de tener el hijo y asumir el rol materno.

Belluscio y Díaz de Guijarro atienden al elemento fecundante y afirman que los verdaderos padre y madre son los que han proporcionado el espermatozoide fecundante y el óvulo fecundado. Si el óvulo fecundado pertenece a otra mujer, hacen viable la acción prevista por el artículo 261 del Código Civil, la que podrá ser interpuesta por cualquier interesado. Llambías niega legitimación pa-

ra obrar al marido que proporcionó su semen; lo mismo Belluscio, en virtud de la regla *nemo auditur* y Zannoni en razón del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

## B) ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD (ART. 261, CODIGO CIVIL).

### 32. Concepto.

Es la que impugna el hecho biológico de la maternidad, el vínculo entre el hijo y la que aparece como madre. Demostrado que no hay vínculo real de filiación entre el hijo y la aparente madre, ya no operará la presunción de paternidad del marido al no haber sido concebido el hijo por la esposa.

En el desconocimiento de paternidad, se ataca ésta, y de prosperar la acción el hijo resultará ser ilegítimo de la madre; en el desconocimiento de la legitimidad subsisten paternidad y maternidad, y el hijo resultará ser extramatrimonial de ambos progenitores; en la impugnación de la maternidad, se ataca a ésta y como consecuencia también la paternidad, resultando el hijo ser de filiación indeterminada.

La impugnación de maternidad, también llamada de impugnación de estado de hijo matrimonial, es acción de estado declarativa, de contestación o impugnación, y de desplazamiento del estado de familia.

Para que la acción proceda es presupuesto indispensable la existencia de título de estado suficiente, es decir, que exista acta de nacimiento del pretendido hijo donde haya constancia del nombre de la supuesta madre, siendo ésta mujer casada. No es necesario que figure también el nombre del marido, ya que igualmente la paternidad le será atribuida en virtud de la presunción del artículo 245.

### 33. Supuestos en que procede.

El artículo 261 alude a las distintas hipótesis en las cuales se puede accionar impugnando la maternidad. Son las siguientes:

1º) *Suposición de parto*: la presunta madre no ha tenido al hijo quien aparece como habido de esa mujer casada. En este supuesto la prueba es de difícil producción, ya que quien ejerce la acción debe probar un hecho negativo, como es la inexistencia del parto; pero podrá acreditar la falsedad del certificado médico o de la obstetra o de la declaración de los testigos que hayan dicho haber visto al nacido (art. 31 dec.-ley 8204/63) con los que se hubiese procedido a la anotación de la criatura.

Según Llambías se trata de un caso frecuentísimo, a través del cual los pretendidos padres inscriben a un niño en el Registro Civil como si fuera hijo legítimo de ambos cuando en realidad se trata de padres generalmente desconocidos, con el cual por ende ningún vínculo biológico los une. Esta actitud implica una simulación y un fraude en cuanto a la verdadera filiación y estado civil del nacido y falsamente inscripto, que a la vez puede implicar un fraude a la vocación sucesoria de quienes resulten desplazados o menoscabados en sus derechos por el hijo aparentemente legítimo.

2º) *Sustitución del verdadero hijo*: se anota como propio, no a la criatura nacida del parto de la mujer casada, sino a otra. Puede ser el resultado de una maniobra dolosa, cuando el hijo verdadero hubiese nacido muerto sustituyéndoselo por otra criatura. Puede también darse el caso por error resultante de una confusión de niños nacidos en el mismo establecimiento sanitario, anotados equivocadamente en cuanto a sus padres.

3º) *Cuando no es la mujer la madre de quien pasa por hijo suyo*: este caso abarca los dos supuestos anteriores, y subsume cualquier otro posible, como podría ser el del que, mediante fecundación extrauterina se hubiera implantado a la esposa el óvulo fecundado de otra mujer.

#### 34. Legitimación.

La acción de impugnación de la maternidad puede ser intentada por todo aquel que invoque un interés legítimo. Obviamente no podrá entablarla la supuesta madre en los casos de suposición de parto o sustitución dolosa de criatura. Los padres aparentes, implicados en la simulación y fraude, que hubieren inscripto como propio a hijo ajeno, no podrán impugnar la maternidad ya que ello sería conferir juridicidad a su propia torpeza (Llambías).

Si la acción es intentada por el hijo debe dirigirse contra quienes aparecen como sus padres en la inscripción registral. Si es ejercida por un tercero, se dirigirá contra el presunto hijo y quienes aparecen inscriptos como sus padres.

#### C) ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LA LEGITIMIDAD (ART. 257, CODIGO CIVIL).

#### 35. Concepto.

Es la que pretende destruir el carácter legítimo del vínculo biológico que une al hijo con su padre y madre.

Es una acción declarativa, de contestación o impugnación de estado, y de desplazamiento de estado de familia ya que opera el corrimiento hacia la filiación extramatrimonial. La diferencia con la acción de impugnación de la paternidad es que ésta ataca la filiación legítima y la paternidad, mientras que la regulada por el artículo 257 sólo ataca la legitimidad dejando subsistente paternidad y maternidad.

#### 36. Objeto de la acción.

Puesto que lo que se ataca es la *legitimidad* de la filiación, cuyas bases son el matrimonio y la concepción dentro de los plazos legales, la acción tendrá por objeto atacar estos pilares, sea probando: 1) la inexistencia de matrimonio por falta de alguno de sus elementos esenciales; 2) la nulidad de matrimonio, en el caso contraído de mala fe por ambos contrayentes, pues de lo contrario el hijo es igualmente legítimo (arts. 87 y 88 LMC); 3) o la con-

cepción fuera de matrimonio; aunque debe recordarse que el hijo nacido dentro de los primeros 180 días de la celebración de matrimonio, goza de legitimidad siempre que el marido no practique el desconocimiento de la paternidad y que, respecto del hijo nacido después de los 300 días de la disolución de matrimonio existe presunción legal absoluta de extramatrimonialidad (art. 246): si el hijo es denunciado como legítimo, existirá sólo un estado aparente de tal, no siendo necesaria la acción de impugnación de legitimidad sino una rectificación del asiento en la partida correspondiente, ordenada por acción declarativa.

Bossert y Zannoni destacan el significado meramente teórico de la acción de desconocimiento de la legitimidad, ya que ésta resultará en todos los casos, como consecuencia del acogimiento de una acción que no va precisamente dirigida a la declaración de ilegitimidad. “Será, por ejemplo, consecuencia de la nulidad del acta de nacimiento, en cuanto a la fecha en que en ella se indica; o, en ciertos casos, de la nulidad del matrimonio; o de la declaración de inexistencia del matrimonio y, por consiguiente, de la nulidad del acta matrimonial” (Coment. art. 257, pág. 193).

En efecto; sin necesidad de la interposición de la acción, la ilegitimidad resultará como consecuencia legal de la nulidad del acta matrimonial (por inexistencia del acto); o de la anotación marginal en el acta de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio; o de la rectificación de la fecha falsa de nacimiento ordenada en juicio de argüción de falsedad de instrumento público. De donde se extrae que la del artículo 257 no es una acción de objeto autónomo sino que opera la ilegitimidad como consecuencia de la promoción de otra acción.

### **37. Legitimación.**

La acción de desconocimiento de la legitimidad puede ser intentada por cualquier interesado y debe ser dirigida contra los padres y el hijo conjuntamente.

### **38. Caducidad.**

No es susceptible de caducidad (art. 262). Pero si requiere el previo ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio, la caducidad de esta acción extingue, por vía de consecuencia, la acción de impugnación de la legitimidad.

## **D) ACCION DE RECLAMACION DE LA FILIACION LEGITIMA (ART. 259, CODIGO CIVIL).**

### **39. Concepto.**

Es una acción declarativa, de reclamación de estado y de emplazamiento en el estado de familia. Su objeto propio es la obtención de una declaración judicial que emplace a una persona en el estado de hijo legítimo y, correlativamente a sus progenitores como padre y madre legítimos. Es decir, establecer el vínculo de filiación legítima creando el título de estado correspondientes a los sujetos de dicho vínculo o relación jurídico familiar.

### **40. Supuestos en que procede.**

La acción resultará necesaria y procedente en los siguientes casos:

1º) Cuando se ha inscripto el nacimiento sin mención de quiénes son los padres. Pero no sería necesario promover la acción si solamente la madre casada se ha denunciado como progenitora, ya que por imperio de la presunción de paternidad legítima del artículo 245, la calidad del vínculo de filiación con el marido resultará acreditada; ello sin perjuicio de que el marido pudiese reconvenir por desconocimiento de la paternidad.

2º) Cuando el hijo se ha inscripto como hijo extramatrimonial de otras personas, en cuyo caso, previa o conjuntamente, deberá resolverse la impugnación del reconocimiento (art. 335 Cód. civil), lo que permitirá a su vez resolver sobre la reclamación de la filiación legítima.

3º) Cuando al hijo se lo ha inscripto como hijo legítimo de otras personas: para este supuesto deberá intentarse previamente la acción de impugnación de la maternidad que, de prosperar, dejaría sin sustento legal la presunción de paternidad del marido. No siendo la mujer madre del hijo que pasa por suyo, tampoco el marido es padre de tal criatura: la filiación quedará indeterminada abriéndose la posibilidad de la reclamación de la filiación legítima.

#### 41. Legitimación activa.

Son titulares de esta acción: a) *el hijo*. Si fuere menor de edad podría intentarla el tutor en su representación, o el Ministerio Público; b) *los padres*, quienes, aunque no mencionados en el artículo 259, tienen facultad para ejercer la acción en su propio nombre dado el interés trascendente que persigue la acción, ya que a la vez los propios accionantes quedarían emplazados en el estado de padre y madre legítimos; c) *los herederos y descendientes del hijo* quienes podrán, *continuar* la acción iniciada por el hijo, o *promoverla* cuando el hijo hubiere muerto en la minoridad, desde que la incuria del representante legal no debe perjudicar a los herederos.

#### 42. Legitimación pasiva.

Conforme al artículo 260 la acción debe dirigirse contra el padre y madre conjuntamente. Existe entonces litis consorcio necesario pasivo. La disposición tiene su fundamento en que la filiación legítima supone necesariamente la concepción dentro de matrimonio, la obra de ambos cónyuges.

Si uno de los padres hubiere fallecido, la acción deberá seguirse contra el supérstite y los herederos del otro.

#### 43. Caducidad.

La acción caduca cuando el hijo ha llegado a la mayoría de edad sin ejercerla. Hubiere sido prudente establecer un plazo de caducidad a partir de la mayoría de edad para evitar situaciones

injustas, como por ejemplo, si el hijo falleciera inmediatamente después de haber alcanzado la mayoría de edad sin tiempo material para promover la acción. Así lo han propuesto los proyectos de reforma (Proyecto de 1936, art. 452, inc. 2 y Anteproyecto Biliboni, art. 15, establecen un plazo de dos años después de la mayoría; y el Anteproyecto de 1954, art. 511, el plazo de un año).

#### **44. Prescripción.**

La acción de reclamación de filiación legítima es imprescriptible (arts. 259, 262 y 4019 inc. 2).

### **E) ACCION DE IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION (ART. 321, CODIGO CIVIL).**

#### **45. Concepto.**

Es una acción declarativa, de contestación o impugnación de la legitimación y de desplazamiento del estado de familia.

Como la legitimación descansa sobre dos hechos jurídicos, a saber, el reconocimiento de los padres y el matrimonio de ellos, se la impugna atacando uno u otro de estos basamentos. Así puede fundarse: a) en la falsedad o extemporaneidad del reconocimiento, o b) en la inexistencia o nulidad de matrimonio.

#### **46. Titulares de la acción.**

Tienen derecho a impugnar la legitimación: 1) el hijo legitimado (arg. art. 320), 2) los hijos legítimos de los cónyuges, cuyos derechos —particularmente hereditarios—, pueden verse disminuidos por la concurrencia como hijo legítimo de quien es hijo extramatrimonial; 3) por todos los que tengan un interés actual en hacerlo.

#### **47. Caducidad.**

La ley no establece plazo de caducidad. Pero si la acción se acumula con la de impugnación de la filiación, caduca en los plazos

en que se produce la caducidad de ésta; y si se funda en la nulidad de matrimonio, caduca junto con la acción de nulidad.

Los efectos de la sentencia que acoja la demanda variarán: si lo que se ha impugnado es la filiación por falsedad de reconocimiento, el accionante quedará sin filiación acreditada. Si se ha atacado la validez o inexistencia del vínculo matrimonial, el hijo quedará desplazado al estado de hijo extramatrimonial.