

Capítulo XI

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

por MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

I. GENERALIDADES	
1. Concepto	59
2. Situación jurídica de los hijos extramatrimoniales	
A) Antecedentes históricos	59
B) Derecho actual	61
II. EMPLAZAMIENTO EN EL ESTADO DE HIJO EXTRA- MATRIMONIAL	
1º) <i>Reconocimiento del hijo extramatrimonial</i>	
4. Concepto	67
5. Naturaleza jurídica	67
6. Caracteres	70
A) Caracteres del acto jurídico-reconocimiento en sí mismo	70
B) Caracteres del acto jurídico-reconocimiento según sus efectos ...	71
7. Sujetos	73
A) El reconociente. Capacidad	73
B) El reconocido	77
8. Formas	81
9. Inscripción	83
10. Efectos	83
11. Ineficacia	85
A) Inexistencia	85
B) Nulidad	86
C) Contestación del reconocimiento	87
D) Cuestiones comunes a las acciones de nulidad y contestación	89
2º) <i>Declaración judicial de la filiación extramatrimonial</i>	
12. Concepto	90
13. Requisito previo al ejercicio de la acción	91
14. Sujetos	91
A) Sujeto activo	91
B) Legitimación pasiva	99
15. Competencia	101
16. Procedimiento	101
17. Prueba	101
A) Objeto	101
B) Medios de prueba	103
C) Apreciación de la prueba	103
D) La posesión de estado	104
18. Sentencia	107

**III. REGIMEN JURIDICO DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES**

19. Supresión de discriminaciones	107
20. Legitimación	108
21. Nombre	108
22. Patria potestad	109
23. Alimentos	109
24. Derechos hereditarios	109

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA

Capítulo XI

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

I. GENERALIDADES

1. CONCEPTO.

La filiación extramatrimonial es la que corresponde a los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus progenitores, no legitimados por la posterior celebración de aquél.

2. SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

A) Antecedentes históricos.

La filiación legítima se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que lo rodea a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. De ahí la diferencia entre los hijos habidos dentro y fuera de las nupcias, con señalada inferioridad para los últimos.

La literatura y algunos antecedentes jurídicos griegos ponen en evidencia la privación de derechos que afectaba a los hijos extramatrimoniales. Borda recuerda, por ejemplo, que las atenienses hijas naturales no podían casarse con ciudadanos.

En los primeros tiempos de Roma no puede distinguirse entre los hijos por causa del matrimonio o no matrimonio de su padres pues, en el período pagano, sólo existía el parentesco civil o agnación, que se hasaba sobre la potestad, de manera que el hijo nacido fuera del matrimonio no se ligaba ni al padre ni a la madre: la distinción entre paternidad legítima y paternidad natural carecía de sentido (ver: Gatti, Hugo E., *Reconocimiento expreso de hijos naturales*,

Nº 2). En el derecho justiniano se distinguen las siguientes categorías de hijos fuera del matrimonio: los *liberi naturali*, hijos de concubina; los *liberi spurii*, hijos de mujer de baja condición o de vida deshonesta; los *liberii adulterini* y los *liberi incestuosi*, nacidos de una unión prohibida por razón de ligamen o parentesco. Sólo los *liberi naturali* gozaban de ciertos derechos, por ejemplo, hereditarios, eran considerados parientes de sus padres y podían ser legitimados, habiéndoselos admitido a la adopción por el progenitor desde el emperador Anastasio, adopción vedada posteriormente por Justino y por Justiniano. Este emperador amplió sus derechos de manera que el disfavor con que se los trataba antes de la codificación fue mitigado durante su imperio hasta convertirlos en herederos legitimarios. “Pero si bien las reformas de los emperadores de los últimos siglos estuvieron inspiradas en el derecho natural y en la ética cristiana visible en la Nov. 89, c 9 de Justiniano, sin embargo en ningún momento se intentó equipararlos a los legítimos” (Cafferata, José I., *La filiación natural*, Nº 34).

En el derecho germánico primitivo el hijo natural recibió un severo tratamiento, atenuado por la penetración del derecho romano. Se les reconocían derechos sucesorios entre los lombardos, los visigodos y los francos. El sistema romano se impuso finalmente y en el siglo XVI todos los hijos fuera del matrimonio, aún los adulterinos e incestuosos, quedaron asimilados a los naturales pudiendo reclamar alimentos.

El cristianismo influyó enormemente en mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales al subrayar la filiación divina de todos los hijos de Dios, sin perjuicio de destacar el valor temporal y sobrenatural del matrimonio, entendiéndose que si, por Derecho Natural, todos los hombres nacen iguales, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos está preestablecida por normas morales que regulan la conducta humana y no se rige exclusivamente por aquél, sino que caben aspectos que el derecho positivo puede prever con miras al Bien Común (ver Iribarne, Ramón, *La filiación legítima e ilegítima* en LL, I). En particular, la Iglesia Católica admitió a los hijos naturales a la investigación de la paternidad, a la le-

gitimación, puso de relieve los deberes morales paternos reconociendo el derecho de todos los hijos a ser sustentados, cualquiera fuere su origen. A pesar de la influencia del cristianismo, la situación de los hijos extramatrimoniales conservó caracteres de dura inferioridad durante la Edad Media.

La equiparación hereditaria entre los hijos legítimos y los naturales (no de los adulterinos e incestuosos) apareció por primera vez en la ley francesa del 12 Brumario del Año II, en plena época revolucionaria pero prohibiéndose al mismo tiempo la investigación de la paternidad. El Código Napoleón restableció las desigualdades y mantuvo esa prohibición, exceptuando el supuesto de raptó en la época de la concepción.

En el derecho español histórico los hijos ilegítimos eran los habidos fuera del matrimonio y se clasificaban en distintas categorías cuyos conceptos figuran o se deducen de varias leyes de las Partidas 4 y 6: naturales, los nacidos de barragana, esto es, de concubina que debía ser una sola y no virgen ni viuda honesta, y de hombre soltero que a la época de la concepción pudiese casarse con ella; fornecinos, nacidos de una relación entre parientes o de una mujer ligada por el voto de castidad; mánceres o spurii, nacidos de prostituta. El concepto de hijo natural fue modificado por la ley 11 de Toro que pasó a la Nueva y a la Novísima Recopilación, comprendiéndose en esta categoría a todos los hijos de padres que a la época de la concepción del hijo o de su nacimiento, hubieran podido casarse sin dispensa, siempre que el padre los reconociera. En general, los hijos naturales tenían derecho a alimentos si habían sido reconocidos y podían ser legitimados.

La investigación de la paternidad fue rehusada en casi todas las legislaciones hasta el siglo XIX, con excepciones (por ejemplo, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Austria, Prusia).

B) Derecho actual.

Es conocido el movimiento legislativo universal en pro de la elevación del *status* del hijo extramatrimonial, equiparándolo incluso, en algunas legislaciones, al hijo legítimo. Basado en el debido

respeto a la persona humana, aparece consagrado en la programática Declaración de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948) y en la Declaración de los Derechos del Niño (idem, 20 de noviembre de 1959). Puede citarse al respecto, como expresión de una corriente de pensamiento universalmente respetada, los siguientes párrafos de la importante Declaración del Concilio Vaticano II sobre la Iglesia en el mundo de nuestro tiempo: “En nuestros días sobre todo, urge la obligación de hacernos nosotros prójimos de cualquier hombre... ya sea el hijo nacido de una unión ilegítima, víctima inocente de un pecado que él no ha cometido”. Ahora bien, este mismo importante documento y otros emanados de la máxima autoridad de la Iglesia Católica, como la magnífica exhortación *Familiaris consortio*, permiten plantear la clásica alternativa entre el respeto a la persona, cuyo valor intrínseco en nada es afectado por la concepción fuera del matrimonio y la imperiosa necesidad de proteger a la familia constituida. Obsérvese que la igualdad total se encuentra obstaculizada por circunstancias de hecho (por ejemplo, desconocimiento de la persona del padre o imposibilidad de demostrar el nexo biológico a su respecto) y que el rechazo de una equiparación absoluta no impide que en aspectos particulares la igualdad es deseable y susceptible de ser alcanzada, por ejemplo, en los derechos sucesorios. Mazzinghi afirma que “en materia de filiación, la diferencia no está instituida como un elemento de agresión contra los hijos extramatrimoniales, sino como un signo de que el derecho objetivo procura la protección de la familia legítima, en cuyo seno ha de cumplirse la procreación y la educación de las sucesivas generaciones” (Mazzinghi, *Derecho de Familia*, T. III, Nº 502). “Debe, pues, dejarse sentado con toda claridad que la negativa a la equiparación entre las diversas clases de hijos no es fruto de prejuicios de época, sino algo muy profundo, pues tiene en su respaldo toda una concepción de la familia basada en el matrimonio monógamo y estable” (Amadeo de Fuenmayor. *En defensa de los hijos ilegítimos*, p. 25).

Han consagrado la igualdad de las filiaciones: Bolivia, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Costa Rica, Rusia y los países de orientación prosoviética, incluida Cuba. También España, Alemania, Francia, Suiza. El estudio detenido de algunas de estas legislaciones demuestra que, pese a las declaraciones de equiparación, algunas diferencias subsisten. Así, en la ley francesa de 1972 (art. 334) se dispone que “el hijo natural tiene, *en general*, los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y su madre. Entra en la familia de su autor” (la cursiva es nuestra). No obstante, a renglón seguido, se establece: “Si al tiempo de la concepción el padre o la madre estaba comprometido por vínculo matrimonial con otra persona, los derechos del hijo no pueden perjudicar sino en la medida reglada por la ley, los compromisos que, por el hecho del matrimonio, este progenitor haya contraído”. Más adelante la ley atiende a la especial situación del hijo natural en materia de nombre, convivencia en el domicilio conyugal del progenitor, imposibilidad del reconocimiento como hijo extramatrimonial de la persona que goza de la posesión de estado de hijo legítimo, etcétera. Legisla también sobre la legitimación por posterior matrimonio y por decisión judicial. Observaciones análogas pueden formularse a la ley suiza de 1978 en la que, por ejemplo, ha sido suprimida la legitimación pero ha debido preverse un cambio en la situación del hijo natural cuyos padres contraen matrimonio.

En Alemania se considera que la reforma de 1969 - 1970 no ha conducido a una asimilación jurídica total del hijo natural y el hijo legítimo, teniendo en cuenta la desigualdad de hecho subsistente entre ellos y la norma constitucional que confiere una protección particular al matrimonio y a la familia, sin perjuicio de que haya sido dispuesto una mejora esencial en la situación del hijo natural comparándola con la establecida en el B.C.B. (Richard Raiser, *La filiación ilegítima en derecho alemán*).

Otras legislaciones han consagrado la igualdad de deberes de los padres para con los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (Uruguay). La reforma del derecho de familia italiano, sancionada

en 1975, consagra en el artículo 261: "El reconocimiento comporta de parte del progenitor, la asunción de todos los deberes y de todos los derechos que tiene con respecto a los hijos legítimos" pero se establecen diferencias con respecto a los hijos incestuosos, terminología que no sido suprimida, hijos que en la mayoría de los casos no pueden ser reconocidos ni accionar por filiación.

El nuevo Código de Derecho Canónico que reemplaza al de 1917, promulgado por S.S. Juan Pablo II el 25 de enero de 1983 y que ha comenzado a regir el 27 de noviembre de ese mismo año, admite la legitimación de todos los hijos ilegítimos sin distinciones, por el posterior matrimonio de sus padres (Canon 1139) o por rescripto papal, y no establece ningún requisito relativo a la filiación de los aspirantes a recibir el Orden Sagrado o a ingresar en institutos de vida consagrada.

A modo de observación genérica que exterioriza el movimiento legislativo tendiente a la equiparación de todos los hijos habidos fuera del matrimonio, se destaca que la investigación de la paternidad es admitida universalmente aunque, a veces, con limitaciones.

3. EVOLUCION LEGAL ARGENTINA A PARTIR DEL CODIGO CIVIL.

En el Código Civil se distinguió entre hijos legítimos e hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. A estas cuatro categorías de hijos ilegítimos se destinó el Título V de la Sección II del Libro I.

Los hijos naturales estaban conceptuados en el artículo 324 mediante su remisión al artículo 311: eran los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de su concepción pudieron casarse aunque fuese con dispensa, referencia al Derecho Canónico en el cual no son dispensables los impedimentos de ligamen y parentesco por consanguinidad en la línea recta y entre hermanos y no lo eran el orden sagrado y el voto solemne de castidad. Hijos adulterinos eran los habidos de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque

una de ellas o ambas estaban casadas (art. 338) a pesar de que el padre o la madre fuesen de buena fe por ignorar la existencia del impedimento o se hubiera ejercido violencia sobre la mujer (art. 338). Hijos incestuosos eran los nacidos de padres que no podían contraer matrimonio por existir entre ellos impedimento de parentesco (art. 339). Los hijos sacrílegos eran los engendrados por padre clérigo de órdenes mayores o los habidos por persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica (art. 340), impedimento no dispensable en el Derecho canónico anterior al vigente desde 1983.

Las normas del Código sobre la situación jurídica de los hijos naturales (arts. 324 a 337) se consideran en el estudio del derecho vigente por la razón que se explica al fin de este apartado.

En cuanto a las otras categorías de ilegítimos, el artículo 341 prohibía la indagación de su paternidad o maternidad; según el artículo 342 no tenían “por las leyes, padre o madre ni pariente alguno por parte de padre o madre” ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad. Sin embargo, podían ser reconocidos voluntariamente por sus progenitores, quienes estaban entonces obligados a pasarles alimentos hasta la edad de 18 años y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer a sus necesidades (art. 343). Por fin, carecían de derechos sucesorios en la sucesión del padre o madre, quienes no gozaban de la patria potestad a su respecto ni podían designarles tutores ni, a su vez, heredarlos (art. 344).

La situación de los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos mejoraba si eran reconocidos por el progenitor no casado, o por uno solo de los progenitores incestuosos o por aquel que no había recibido órdenes sagradas ni había formulado voto solemne de castidad. Quedaban así en la situación de hijos naturales (Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, T. II, Nº 467).

El artículo 112 de la ley 2393, suprimió la categoría de hijos sacrílegos conforme con el régimen exclusivamente civil del matrimonio y la consiguiente supresión de los impedimentos por razón de órdenes sagradas o voto de castidad.

Las leyes 10.903 y 11.357 incidieron en materia de patria potestad con respecto a los hijos naturales con modificaciones que se estudian en el capítulo XIII. La ley de adopción 13.252 influyó indirectamente al admitir la de los propios hijos (art. 6º).

La ley 14.367, sancionada el 30 de setiembre de 1954 y promulgada el 11 de octubre de ese año, suprimió las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que el Código establecía entre las últimas (art. 1º), colocando a todas éstas en un pie de igualdad, y prohibiendo toda referencia al carácter de la filiación en las partidas de nacimiento (art. 5º). Desde entonces se distingue, por lo tanto, entre hijos legítimos o matrimoniales e hijos ilegítimos o extramatrimoniales. La categoría de hijos ilegítimos o extramatrimoniales abarca a los que eran naturales, adulterinos e incestuosos según el Código. Las diferencias entre hijos legítimos y extramatrimoniales fueron atenuadas por la ley 14.367 y eliminadas en cuanto a los deberes paternos (art. 10).

Posteriormente, la ley 18.248 derogó el artículo 6º de la ley 14.367 y legisló nuevamente sobre el nombre de los hijos extramatrimoniales y la ley 17.711 derogó el artículo 4º de aquélla y agregó un párrafo a su artículo 3º sobre el reconocimiento de dichos hijos.

El artículo 311 del Código Civil del cual resulta una importante diferencia entre los hijos que pueden ser legitimados y los que no pueden serlo, no ha sido modificado por la legislación posterior si bien la ley 17.711 le incorporó su actual párrafo final.

La ley vigente de adopción Nº 19.134 mantiene la procedencia de la de los propios hijos, en su artículo 2º.

Importa señalar que la ley 14.367 no deroga expresamente ningún artículo del Código Civil (las derogaciones que comporta son generales o tácitas) y que no cubre todos los aspectos de la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales y de sus progenitores, especificando en el artículo 1º que los derechos y obligaciones de los padres y de los hijos resultarán de las disposiciones

legales vigentes modificadas por esa ley. Existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en las siguientes conclusiones interpretativas: a) la situación de los hijos extramatrimoniales está organizada por la ley 14.367 y, en su defecto, por los textos del Código Civil relativos a los hijos naturales, debiendo tenerse en cuenta el artículo 311; b) la equipación entre los hijos extramatrimoniales no significa que también hayan sido suprimidas las distinciones entre los padres, lo que es ratificado por la ley 17.711 que contempla en forma expresa el derecho sucesorio de los padres *naturales* (art. 3571).

II. EMPLAZAMIENTO EN EL ESTADO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

El emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial puede lograrse por dos medios, a saber: a) el reconocimiento del hijo como tal, efectuado por el padre, la madre o ambos; b) la sentencia que declara la filiación extramatrimonial con respecto al padre o a la madre o a uno y otro por separado, culminando una acción judicial de reclamación de estado.

1º) RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.

4. CONCEPTO.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo.

5. NATURALEZA JURIDICA.

La naturaleza jurídica del reconocimiento está implicada en el concepto recién enunciado. Es un acto o negocio jurídico (art. 944 C.C., las expresiones son sinónimas en nuestra doctrina) porque constituye un acto voluntario lícito con el fin inmediato de producir el efecto jurídico del emplazamiento del reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y el de éste en el de su padre o madre, estableciendo la relación jurídica paterno

o materno filial. Es un acto jurídico familiar porque la relación establecida es una relación jurídica del Derecho de Familia (supra, Cap. I, N° 38). Es, asimismo, declarativo de la situación biológica preexistente.

La mayoría de la doctrina nacional participa de este criterio (Segovia, Lafaille, Busso, Cafferata, Bidau, López del Carril, Díaz de Guijarro, Belluscio, Mazzinghi, Zannoni) registrándose diferencias en cuanto a su carácter declarativo o constitutivo y a sus efectos con relación al título de estado. Es también la opinión predominante en la doctrina extranjera moderna.

No obstante, son varias las tesis elaboradas sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento. Se sustentan principalmente las siguientes:

a) *Tesis del reconocimiento - confesión.* La confesión consiste en admitir la verdad de un hecho o la existencia de un derecho aptos para determinar efectos jurídicos contrarios a quien la formula. Considerado confesión, el reconocimiento es sólo un medio de prueba de la filiación extramatrimonial. Esta teoría es criticada porque el reconocimiento no siempre es perjudicial a su autor; recae sobre un hecho que precisa el concurso de dos personas y no sobre un acto personal que, como tal, pueda ser confesado; en cuanto a la paternidad, excede las posibilidades de certeza del reconociente. A su vez, la confesión surte efecto en juicio y es eficaz entre las partes, mientras que el proceso no es necesario cuando media el reconocimiento, que es eficaz *erga omnes*, y si aquélla no puede ser atacada por terceros, éste es susceptible de impugnación. Finalmente, el progenitor no goza del poder de disponer de su propio derecho, facultad que justificaría el efecto vinculatorio de la confesión que no estuviera de acuerdo con la verdad.

b) *Tesis del reconocimiento - confesión y reconocimiento - admisión.* Formulada por Colin, sostiene que el reconocimiento puede considerarse desde dos enfoques, como reconocimiento - confesión y como reconocimiento - admisión. Según lo primero, es un medio de prueba de la filiación, según lo segundo, es también un

acto unilateral de voluntad destinado a incorporar al hijo a la familia del reconociente. Colin opina que este carácter mixto del reconocimiento deriva de la imprecisión del Código Civil francés en el tratamiento de la materia.

c) *Tesis del reconocimiento-acto de poder familiar.* Tiene su encuadre en las concepciones de Cicu sobre la ubicación del Derecho de Familia dentro del derecho positivo y sobre los poderes familiares y el acto jurídico familiar como manifestación de su ejercicio. Para Cicu, el reconocimiento del hijo configura un supuesto de excepción en que el ordenamiento legal atribuye a la voluntad individual, incapaz por sí misma para producir efectos jurídicos en cuestiones de familia, el poder de crear el vínculo de filiación. La crítica a las doctrinas de Cicu (supra, T. I, Cap. I, N^o 19) involucra la de estas consecuencias de las mismas. “En rigor, escribe Mazzinghi, el reconocimiento del hijo extramatrimonial no es el resultado de un poder familiar, sino de un deber moral incuestionable, que está por encima de toda regulación legal” (*op. cit.*, N^o 530).

d) *Tesis del simple acto lícito.* Permittiéndonos adaptarlo a la terminología de nuestro derecho sobre simple acto voluntario lícito y acto jurídico, el siguiente párrafo de Albaladejo García resume su tesis: “A la voluntad privada no se le puede reconocer otro poder autónomo que el de dar vida a la relación de paternidad, la cual a su vez, como ‘simple acto voluntario lícito’, en cuanto su mera existencia es considerada por el ordenamiento jurídico como causa de determinados efectos jurídicos, produce éstos. Tales efectos se producen, pues, *ex lege* y no *ex voluntate*. Se producen porque se reconoció, independientemente de que aparezcan o no como queridos. A diferencia de los efectos del ‘acto jurídico’ que, en tesis de principio, se producen porque aparecen como queridos por su autor, siempre que sean conformes y no contrarios a las disposiciones del ordenamiento jurídico” (Albaladejo García, Manuel, *El reconocimiento de la filiación natural*, p. 44).

e) *Tesis del acto declarativo*. Es sostenida por Borda para quien el reconocimiento “es una manifestación que se apoya (o la ley presume que se apoya) en una verdad biológica. Y puesto que la declaración paterna es una prueba que la ley, por distintos motivos, considera suficiente para aceptar la existencia de la filiación, le atribuye ese efecto, mientras no se la impugne judicialmente” (Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil - Familia*, T. II, nº 675).

Las consideraciones críticas de las tesis sintetizadas bajo las letras d) y e), en lo que hace a nuestro derecho, requieren mayores detalles sobre los caracteres y efectos del reconocimiento por lo cual se encaran en el número siguiente.

6. CARACTERES.

El análisis de los caracteres del acto jurídico-reconocimiento y en especial de los que derivan de sus efectos, contribuye a esclarecer y completar el tema de su naturaleza jurídica.

A) Caracteres del acto jurídico - reconocimiento en sí mismo.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto o negocio jurídico:

a) *Unilateral*. No requiere la aceptación del hijo (art. 2, ley 14.367 que reproduce un precepto ya establecido en el artículo 332 del Código Civil, reemplazado por aquél).

b) *No recepticio*. Produce sus efectos aunque sea ignorado por el hijo, por el otro progenitor suyo, por las personas que pudieran verse afectadas por el reconocimiento.

c) *Individual*. Sólo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre para reconocer su maternidad. El artículo 334 del Código Civil, vigente, prohíbe al reconociente “declarar el nombre de la persona en quien o de quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo tenga ya reconocido” y el artículo 34 del decreto-ley

8204/63 establece: “Si se tratare de un hijo extramatrimonial, no se hará mención del padre ni de la madre, a no ser que ésta o aquél lo reconociese ante el Oficial público”. Se protege así la intimidad del otro progenitor y se respeta el principio de que el reconocimiento debe originarse en la convicción de quien lo formula sobre la existencia del vínculo biológico. Tampoco el abuelo es admitido a reconocer al nieto como hijo extramatrimonial de su hijo, aún después de la muerte de éste.

d) *No es personalísimo*. No hay inconveniente en que sea efectuado mediante la intervención de un mandatario con mandato especial no redactado en términos generales y la ley, incluso, lo prevé (art. 1881, inc. 6º, C.C.).

e) *Puro y simple*. Según el artículo 2 de la ley 14.367, conforme con el sustituido artículo 332 del Código Civil, “no puede someterse a modalidades que alteren sus consecuencias legales”.

f) *Irrevocable*. El artículo 2 de la ley 14.367 expresamente estatuye que el reconocimiento es irrevocable, modificando lo dispuesto en el artículo 333 *in fine* del Código Civil, al cual deroga, que admitía la revocabilidad del reconocimiento efectuado en un testamento. Por lo tanto, la revocación del testamento no comporta la revocación del reconocimiento incluido en el mismo, el que será eficaz siempre que el testamento revocado se conserve o pueda ser materialmente reconstruido. (Ver infra Nº 9 sobre la inscripción de los reconocimientos formalizados ante Escribano Público).

g) *Formal*. Ver infra Nº 8.

h) *Susceptible de ser impugnado*. Ver infra Nº 11.

B) Caracteres del acto jurídico -reconocimiento según sus efectos.

Teniendo en cuenta los efectos del reconocimiento y su relación con la generación del reconocido, el reconocimiento es:

a) *Declarativo de estado*. En efecto, la causa de la filiación es el hecho biológico y no la voluntad del reconocimiento manifestada en el reconocimiento.

b) *Retroactivo a la concepción del hijo*. Es esta una consecuencia del mentado carácter declarativo.

c) *De emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial y correlativamente, en el de padre o madre extramatrimonial*. Como observa Mazzinghi: “antes del reconocimiento el hijo extramatrimonial no es tal a los efectos jurídicos, carece de estado, no tiene ninguno de los derechos y obligaciones propios de la condición que alcanzará cuando sea reconocido” (*op. cit.*, N° 530). De aquí que se afirme acertadamente que el reconocimiento es un acto jurídico porque produce efectos jurídicos sin mengua de su cualidad de declarativo.

d) *Constitutivo del título de hijo extramatrimonial si formalizado en instrumento público*. No todo reconocimiento, cualquiera sea su forma, constituye título de estado. Entendiendo que título de estado es el instrumento público o el conjunto de instrumentos públicos en los cuales consta la causa-fuente del estado de familia y permite acreditarlo, reconocimiento-título de estado es solamente el formalizado ante el Oficial Público del Registro del Estado y Capacidad de las Personas o por instrumento público y no lo es el formalizado en instrumento privado o en testamento ológrafo o cerrado, mientras que la firma del primero no haya sido reconocida y los últimos no hayan sido protocolizados es decir, que hayan adquirido autenticidad (*supra*, cap. I, N° 28). En otros términos, el reconocimiento en instrumento privado o testamento ológrafo o testamento cerrado es declarativo y emplaza en el estado de hijo extramatrimonial pero no constituye título de estado aunque encierra en potencia dicho título (1).

(1) Las divergencias doctrinarias en estos aspectos, a las que se hizo referencia *supra* en el N° 5, son importantes. Así, enseñan: BORDA, que el reconocimiento es declarativo y que no crea título de estado pues solamente las partidas del Registro Civil son tales (*op. cit.*, N° 675); LÓPEZ DEL CARRIL, que el reconocimiento es acto jurídico constitutivo de estado y de emplazamiento en éste, pero no título de estado aceptando solamente como título de estado del hijo extramatrimonial reconocido el acta del Registro Civil donde se inscribió el reconocimiento (LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *La filiación*, Nros. 322 y 325); BELLUSCIO, que es declarativo y que emplaza en el estado de hijo extramatrimonial aunque no concuerde con la realidad biológica, en este caso, hasta que sea exitosamente impugnado y opina que título de estado

e) *De efectos determinados en la ley y no dependientes de la voluntad del reconociente.* Es una característica que el reconocimiento comparte con los actos jurídicos familiares de emplazamiento, por ejemplo, el matrimonio, y que no los afecta en su carácter de actos jurídicos.

7. SUJETOS.

Son sujetos activos del reconocimiento el padre y la madre, conjunta o separadamente (art. 2, última oración del primer párrafo, ley 14.367). El hijo es el sujeto pasivo.

A) El reconociente. Capacidad.

La capacidad para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales se caracteriza por su amplitud. Son hábiles para reconocer todos los progenitores fuera del matrimonio cualquiera haya sido su situación jurídica a la época de la concepción y cualquiera sea al momento del reconocimiento.

a) *Menores de edad.* La doctrina señala diversos puntos de apoyo a la admisibilidad del reconocimiento por parte de los menores de edad. Son dignos de ser sustentados argumentos como los siguientes: la obligación moral y de Derecho Natural de que los padres reconozcan y alimenten a sus hijos, la razonabilidad de

son únicamente los instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona (*op. cit.*, T. I, Nº 16 y T. II, Nº 470); MAZZINGHI, que es declarativo si se relaciona con el hecho biológico de la filiación que no surge del acto jurídico sino que es exteriorizado por éste, y que es constitutivo si se lo vincula con el título de estado lo que no obsta a la retroactividad de los efectos a la concepción del hijo (*op. cit.*, Nº 530). ZANNONI distingue entre el reconocimiento *constitutivo del emplazamiento en el estado de hijo*, o sea, el que *constituye el título de estado* en sentido sustancial y el reconocimiento como *presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento*. El primero es sólo el reconocimiento ante el oficial de Registro Civil, que es constitutivo en cuanto al título de estado y declarativo en cuanto declara la existencia de los presupuestos preexistentes del vínculo familiar. Las otras formas de reconocimiento no son constitutivas del título de estado pero permiten requerir del oficial público del Registro Civil o judicialmente, la constitución del título, esto es, la inscripción en el Registro (ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, T. I, parágr. 34 y T. II, parágr. 806, 808, 809 y 811, b).

sólo exigir la pubertad y el discernimiento en el reconociente, ser suficiente con que la voluntad de éste sea consciente y libre de modo que la declaración concuerde con la realidad, la improcedencia de aplicar por analogía las reglas que rigen la capacidad en orden a lo patrimonial cuando en el Derecho de Familia privan otros criterios, la aceptación del matrimonio desde la pubertad. Como acertadamente expresa D'Antonio "el reconocimiento del hijo extramatrimonial importa trasladar o hacer reflejar en el ámbito jurídico la realidad reconocida en lo biológico. Siendo ello así, la ley no debe oponer obstáculos al reconocimiento, permitiendo que pueda realizarse cuando la persona ha tenido ya aptitud para generar y concebir" (D'Antonio, Daniel H., *Patria potestad*, parág. 49, B).

Ahora bien, dadas las distintas formas en que puede concretarse el reconocimiento, en el derecho argentino inciden sobre la cuestión los artículos 286 y 3614 del Código Civil y el artículo 41 del decreto-ley 8204/63. El artículo 286 del Código dispone: "No es precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales". El artículo 3614 fija la edad mínima para testar en los 18 años. El artículo 41 del decreto-ley 8204/63 establece: "No podrán reconocer hijos aquellas personas que a la fecha del nacimiento del que se va a reconocer no hubieran tenido la edad requerida para contraer matrimonio, salvo la mujer cuando demuestre fehacientemente haber dado a luz al que pretenda reconocer y al varón, cuando una orden judicial lo autorice".

Coordinando estas normas, la edad para el reconocimiento varía acorde con la forma en que se realiza y teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la misma en el artículo 2 de la ley 14.367, la graduación es la siguiente: a) antes de los 14 años pueden reconocer ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, la mujer que demuestre fehacientemente haber dado a luz a aquel que pretende reconocer (art. 41, decreto-ley 8204/63); b) a los 14 años puede reconocer varón y mujer por instrumento público o privado (art. 286, Cód. Civil y art. 2, ley 14.367); c) a los 14 años

puede reconocer la mujer ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 41, decreto-ley 8204/63 por su remisión a la edad para contraer matrimonio, art. 14, ley 14.394); d) antes de los 16 años puede reconocer el varón ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas cuando una orden judicial lo autorice (art. 41, decreto-ley 8204/63); e) a los 16 años puede reconocer el varón ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 41, decreto-ley 8204/63 por su remisión a la edad para contraer matrimonio, art. 14, ley 14.394); f) a los 18 años pueden reconocer varón y mujer por testamento (arts. 2, 3, ley 14.367 y art. 3614, Cód. Civil).

El juez no autorizará el reconocimiento por un varón sin encontrarse convencido de su paternidad, lo que puede haber exigido prueba. Es decir, la sola admisión de la existencia de la relación paterno-filial, que es suficiente para reconocer desde los 14 años en instrumento público o privado (no testamento), es insuficiente para el reconocimiento ante el Registro por el menor que no ha cumplido 16 años.

En lo que hace a la mujer, el decreto-ley parece limitarse a requerir la demostración ante la autoridad del Registro. La diferencia no se justifica, porque no se justifica el aforismo que enuncia la certeza de la maternidad salvo que se trate del reconocimiento de una persona por nacer. Tal vez podría invocarse a favor que el esclarecimiento ante la autoridad administrativa puede mantenerse en mayor reserva que el producido a través de un trámite judicial o que, por lo menos, no excederá la publicidad que acarrea el reconocimiento en sí.

Es discutible si la solicitud de inscripción acompañada por el ofrecimiento de los elementos necesarios para satisfacer los requisitos del artículo 41, debe o no ser presentada por el menor impúber sin intervención de su representante legal y la prueba, en su caso, producirse con igual independencia. Si bien sería éste el alcance que responde a lo esencial del precepto y la participación administrativa o judicial significa adecuada protección del menor ante la posibilidad de un reconocimiento complaciente o con vo-

luntad viciada, es indispensable no olvidar la incapacidad absoluta de obrar del menor impúber y que el artículo 286 del Código Civil se aplica a los menores adultos exclusivamente. Ante la extrema gravedad del caso y sólo como concesión a lo íntimo de la circunstancia a manifestar, puede admitirse que la intervención del representante legal del reconociente se reduzca a prestarle asistencia (esto es, no a representarlo) pero es inaceptable prescindir totalmente de ella.

b) *Dementes interdictos*. Su situación de incapaces absolutos de obrar conduce a negarles capacidad para el reconocimiento. No obstante, por la especialidad del acto jurídico de que se trata y la imposibilidad de que sea otorgado por el representante legal del incapaz, se harían invocables algunos argumentos aplicados al supuesto de los menores de edad: la obligación moral de reconocer a los hijos, la suficiencia del discernimiento para hacerlo (discernimiento que goza el demente declarado en intervalo lúcido o cuya salud ha sido recuperada aunque no se haya levantado la interdicción), la no aplicación analógica de las normas del derecho patrimonial. Incluso podría recordarse la nulidad relativa del matrimonio celebrado con impedimento de locura y la eficacia de la buena fe, en su caso.

Dado por supuesto que el demente se encuentre en intervalo lúcido, niegan su aptitud para el reconocimiento, Lafaille, Busso, Zannoni, Mazzinghi. La aceptan Cafferata, Borda, López del Carril, Belluscio. Nos inclinamos por la primera tesis por la incapacidad absoluta que pesa sobre el demente interdicto, cuestión jurídica sobre la cual no se proyecta directamente el hecho de haber recuperado el discernimiento mientras la interdicción no haya sido judicialmente levantada. Por otra parte, resta para el hijo la vía de la acción judicial para obtener la declaración de su filiación.

c) *Sordomudos interdictos*. La situación es idéntica a la de los dementes declarados en cuanto a la incapacidad de obrar y el reconocimiento no puede constituir una excepción a la misma sin norma expresa que la establezca. La analogía no es aplicable en materia de excepción, por lo tanto, no puede invocarse el artículo 10

de la ley 2393 que admite el matrimonio del sordomudo que no sabe hacerse entender por escrito con asentimiento del curador o del juez. Queda al hijo, al igual que en el caso del demente interdicto, la vía de la acción de reclamación de estado.

Participan de la opinión negativa sobre la capacidad del sordomudo interdicto para reconocer hijos, que compartimos, Busso, Borda, Belluscio, Mazzinghi. López del Carril, por el contrario, admite que estos incapaces pueden reconocer sus hijos extramatrimoniales ante el interés del reconocido en el establecimiento de su filiación.

B) El reconocido.

En principio pueden ser reconocidos todos los hijos habidos fuera del matrimonio cualquiera haya sido la situación de los padres a la época de su concepción y cualquiera sea al momento de formalizarse el reconocimiento.

a) *Requisitos*

Atendiendo a ineludibles circunstancias de hecho y a normas jurídicas específicas, deben tenerse en consideración los siguientes requisitos:

a.1) *Posibilidad biológica de la relación paterno - materno - filial que se pretende establecer.* Es obvio que entre reconociente y reconocido debe mediar una diferencia de edad que haga verosímil que aquél sea el progenitor de éste. El artículo 41 del decreto-ley 8204/63 establece, en principio, una diferencia mínima de 16 años entre el padre y el hijo y de 14 años entre la madre y el mismo, para el supuesto de reconocimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, previéndose situaciones de excepción. Es razonable extender esta diferencia al caso de reconocientes que han superado la edad núbil. Cuando esa diferencia de edad no existe, el varón necesita autorización judicial que será concedida previo trámite análogo al de la autorización judicial para el matrimonio de menores, y, la mujer, demostrar su maternidad con el certificado del profesional que asistió al alumbramiento, o en su defecto, también le será necesaria autorización judicial. Estos

requisitos deberán cumplimentarse al solicitar la inscripción en el Registro, si el reconocimiento ha sido hecho en instrumento público o privado o en testamento.

a.2) *Posibilidad jurídica del emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente.* Depende de que no exista incompatibilidad entre el estado de que goza legalmente el pretense reconocido y el estado en que lo emplazaría el reconocimiento que se intenta. Esa incompatibilidad existe cuando el pretense hijo es titular del estado de hijo legítimo o del estado de hijo extramatrimonial con respecto a otra persona del mismo sexo del que desea reconocerlo en virtud de un reconocimiento anterior o de una declaración judicial de filiación. La ley 17.711 incorporó al artículo 3 de la ley 14.367 un párrafo que reza: “Cuando la filiación cuyo reconocimiento se intenta, importe dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción tendiente a desconocer esta última”. Obsérvese que el artículo 40 del decreto-ley 8204/63 dispone que “en caso de reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo, las notas de referencia posteriores a la primera no se registrarán en las inscripciones de nacimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la solución adoptada”.

Borda presenta también como caso de incompatibilidad, el del reconocimiento de un cónyuge por el otro o el de los dos esposos por una sola persona, para el cual propicia una solución análoga a la expuesta en el párrafo anterior: el padre debe probar la existencia del impedimento, pedir la nulidad del matrimonio y sólo después de decretada, proceder al reconocimiento. Observa Mazzinghi razonablemente, que el reconocimiento será, entonces, innecesario, puesto que la filiación determinante de la nulidad del vínculo debe haber sido demostrada en el juicio correspondiente.

b) *Casos especiales*

La particular situación del hijo plantea cuestiones de gran interés en los casos que se contemplan a continuación:

b.1) *Reconocimiento de la persona por nacer.* La dificultad para el reconocimiento de la persona por nacer por su padre, deriva del obstáculo que le opone el artículo 334 del Código Civil porque es imposible individualizarla sin mencionar a la madre, salvo que ésta la reconozca o haya reconocido admitiendo su embarazo. El concebido se presenta, entonces, como una persona que no puede ser reconocida transitoriamente, hasta el nacimiento, lo que puede resultar imposible si el padre ha premuerto. Atendiendo al derecho del hijo al estado de familia, Borda se pronuncia porque el artículo 334 no rige en el reconocimiento de la persona por nacer. Busso, Cafferata, Belluscio y Mazzinghi sustentan la opinión opuesta, que compartimos, ante la falta de excepción expresa, pero limitando la importancia del problema porque el hijo puede ser reconocido con mención del nombre de la madre mediante un instrumento privado, u otorgarse poder para que sea reconocido oportunamente, o el progenitor que temiera no sobrevivir al nacimiento de su hijo, hacerlo por testamento ológrafo o cerrado. Es decir que, a nuestro entender, el reconocimiento del hijo por nacer no reconocido por la madre, es improcedente cuando quisiera efectuárselo ante el Oficial del Registro del Estado y Capacidad de las Personas o ante escribano público. Por otra parte, la inscripción del reconocimiento es siempre posterior al nacimiento (ver decreto-ley 8204/63, arts. 37, 38 y 39).

Los proyectos de reforma del Código Civil contemplan el caso del *nasciturus*: el de Bibiloni dispone que habiendo fallecido el padre antes del nacimiento del hijo, el reconocimiento en testamento es válido aunque exprese el nombre de la madre encinta (art. 809); los de 1936 y 1954, con expresiones similares, establecen que cuando el padre temiere fallecer antes de que nazca el hijo concebido y quisiere reconocerlo, le será permitido consignar el nombre de la madre (arts. 465 y 533, respectivamente).

b.2) *Reconocimiento del hijo difunto.* Las objeciones al reconocimiento del hijo difunto se originan en la posibilidad de que se efectúe obedeciendo al interés espúreo de heredarlo, pero no se

basa en ninguna prohibición legal y esa pretensión hereditaria se ve frustrada por cuanto los padres naturales sólo heredan al hijo cuando lo reconocieron durante la vida del mismo, según se desprende claramente de la redacción del artículo 3584 del Código Civil, reconocimiento al que doctrinaria y jurisprudencialmente se equipara la posesión de estado de que hubiera goza el hijo. En este razonable sentido se inclinan Segovia, Lafaille, Rébora, Fassi, Mazzinghi, Belluscio, Zannoni.

b.3) *Reconocimiento del hijo adoptado por tercero.* Coherentemente con los efectos legales de la adopción plena y de la adopción simple, los artículos 19 y 29 de la ley 19.134 establecen: “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviere por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 14”, y, “Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre, el ejercicio de la acción de filiación y la legitimación del adoptado, pero ninguna de esas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 22”.

b.3) *Reconocimiento del hijo extramatrimonial adoptado por su propio progenitor.* Borda plantea esta engorrosa cuestión pronunciándose por una solución afirmativa porque no existe incompatibilidad entre un estado y otro, no está prohibida la adopción de los propios hijos extramatrimoniales y hay razones para admitir el reconocimiento si el progenitor descubre la existencia del vínculo biológico después de la adopción “Tanto más, concluye, cuanto que la filiación extramatrimonial hace surgir parentescos y derechos que no nacen de la adoptiva” (*op. cit.*, N° 686).

En el estado actual de nuestra legislación en materia de adopción, estas consideraciones sólo serían aplicables al caso de la adopción simple pues si la plena hubiera sido otorgada por reputarse al hijo huérfano o de filiación desconocida, sus efectos superan a los de la filiación extramatrimonial.

8. FORMAS.

Conforme al artículo 2 de la ley 14.367, el reconocimiento puede formalizarse por declaración ante el oficial del Registro Civil, manifestada en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; por instrumento público o privado; por disposición de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.

El reconocimiento siempre es formal: no se admite el reconocimiento verbal o por posesión de estado.

a) *Declaración ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.* Es la forma más frecuente de reconocimiento.

b) *Instrumento público.* Por ejemplo, una escritura pública, un acta notarial, un acta judicial (véase el art. 39 del decreto-ley 8204/63). Debe tenerse presente el artículo 987 del Código Civil: los instrumentos públicos que no valen como tales son eficaces como instrumentos privados si llevan la firma de las partes.

El mandato para reconocer hijos merece alguna consideración de detalle. Llambías observa con acierto que “el acto de otorgamiento del mandato puede por sí mismo implicar un reconocimiento si de sus términos se desprende inequívocamente que quien lo confiere acepta que quien va a ser reconocido es hijo suyo, supuesto en que dado el carácter irrevocable del reconocimiento, sus efectos se producirán con absoluta independencia de la circunstancia de que el mandato en que conste sea revocado. Si por el contrario, tal declaración no aparece con claridad, la revocación o extinción del mandato por cualquiera de las causas que prevé el Código Civil (arts. 1963 y 1970), obsta a la materialización del reconocimiento. La muerte del mandante, sea o no irrevocable el mandato conferido, lo deja subsistente, en razón de haber sido dado en interés de un tercero (art. 1982 C.C.), interés que debe presumirse *iuris et de iure*” (Llambías, Jorge J., *Código Civil anotado*, T. I, com. al art. 332, p. 1050).

c) *Instrumento privado*. Obviamente, para que el documento invista el carácter de instrumento privado debe satisfacer la exigencia indispensable de los mismos, es decir, la firma del reconociente. Las partidas parroquiales de bautismo o de matrimonio en que se admita una relación de filiación y satisfagan este requisito, conforman reconocimiento. Las cartas misivas son instrumentos privados si están firmadas por su autor pero se considera que la firma no es indispensable si se acredita la autenticidad de la carta.

d) *Disposición de última voluntad*. El legislador ha considerado conveniente referirse expresamente al testamento, forma usual de reconocimiento, a pesar de que se encuentra comprendido en la generalidad de los instrumentos públicos y privados. El testamento nulo por defecto de forma u otra causa distinta de la falta de discernimiento del testador o de la violencia ejercida sobre el mismo, constituye reconocimiento si está firmado puesto que es un instrumento privado (exacta opinión de Borda, López del Carril, Fassi).

e) *Expresión del reconocimiento*. No hay fórmula legalmente impuesta. La doctrina y la jurisprudencia son sumamente amplias en este sentido con tal que la expresión del reconocimiento sea clara e inequívoca la individualización del reconocido. Existe acuerdo en que puede manifestarse incidentalmente, no sólo en testamento, como dispone el artículo 2 de la ley 14.367, sino en cualquier otro instrumento. Distintos fallos ofrecen un interesante panorama de la aplicación tribunalicia de estos criterios. Así se ha resuelto que constituyen reconocimiento: la autorización dada al hijo para contraer matrimonio, la celebración de un negocio jurídico en su representación nombrándolo como hijo, la manifestación incidental hecha en la declaración indagatoria de un proceso criminal, la escritura por la cual el padre da poder por sí y por sus hijos, a los que nombra, etcétera (Borda, *op. cit.*, N° 693).

9. INSCRIPCION.

El decreto-ley 8204/63 se refiere a la inscripción del reconocimiento en los siguientes textos: artículo 37 (“Todo reconocimiento se registrará extendiéndose la inscripción con los requisitos prescriptos en el artículo 32, consignándose notas de referencia en la misma y en la del nacimiento. En caso de imposibilidad de los interesados para concurrir al Registro se podrá inscribir el reconocimiento en el lugar donde ellos se encuentren”); 38 (“Si el nacimiento no estuviese registrado, el oficial público comunicará el reconocimiento dentro de los 10 días hábiles, a la Dirección General, a los efectos del artículo 75”); 39 (“Los jueces y los escribanos ante quienes se hiciesen reconocimiento, remitirán a la Dirección General, dentro del término de 10 días hábiles, para su inscripción, copia de los documentos pertinentes”); 40 (ya recordado) y 42 (“No podrá otorgarse constancia de los reconocimientos en forma aislada salvo a pedido de autoridad competente”).

Téngase presente también el artículo 34 que destaca la voluntariedad del reconocimiento.

10. EFECTOS.

En relación con las consecuencias jurídicas del reconocimiento, conviene insistir en los aspectos que se tratan a continuación.

a) *El reconocimiento emplaza en el estado de hijo extramatrimonial con efecto retroactivo a la concepción del hijo.* La retroactividad es, escribe Borda, “la solución que mejor se ajusta a la idea sustancial de la institución. Si se acepta que una persona es hija de otra, habrá que admitir que siempre lo ha sido. Sostener que no lo fue hasta el instante arbitrariamente elegido por el padre y sí después, es contrario a la naturaleza de las cosas. Y, además, conduce a soluciones injustas, como que el hijo reconocido no podría recoger una herencia deferida antes del reconocimiento. No es extraño, pues, que la doctrina, salvo contadas excepciones, se incline por la retroactividad” (Nº 698).

No obstante, la retroactividad tropieza con algunos obstáculos:

de hecho que la tornan imposible para determinadas consecuencias de la filiación establecida, por ejemplo, el ejercicio de los derechos paternos de representación del hijo, la administración y el usufructo de sus bienes y la concreción de la obligación alimentaria sólo podrán hacerse efectivas a partir del reconocimiento.

b) *El reconocimiento en testamento produce efectos inmediatos.* Esto significa que, a diferencia de todo otro contenido testamentario que cobra vida recién a la muerte del testador, el reconocimiento es efectivo desde que ha sido formalizado. Su irrevocabilidad excluye cualquier duda en este sentido y, de sostenerse lo contrario, se estaría sujetando el reconocimiento a un plazo incierto, en contra de la prohibición legal de modalidades (acertada observación de Mazzinghi en el N° 536). Recuérdese que el escribano público que intervino en el testamento debe remitir al Registro, dentro de los 10 días, la copia del documento pertinente (art. 39, decreto-ley 8204/63), lo que, entendemos, será en este caso limitado a la cláusula donde consta el reconocimiento.

Por cierto que si el testamento es ológrafo o cerrado, permaneciendo en secreto hasta la muerte del testador, el reconocimiento no será efectivo de hecho hasta entonces. Como señala Fassi “no podrá procederse a la apertura de un testamento cerrado, antes del fallecimiento del testador, por más vehementes que sean los indicios de contener el reconocimiento de un hijo ilegítimo” (Fassi, Santiago Carlos, *Tratado de los testamentos*, T. I, N° 414).

c) *Sólo el reconocimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas o por instrumento público o por instrumento privado autenticado, constituye título de estado y, consiguientemente, prueba éste.* Insistimos en lo explicado supra en el N° 6, B,d) y sus referencias. Mientras el instrumento privado no haya sido debidamente autenticado o el testamento ológrafo o cerrado, ya abierto, protocolizado, el reconocimiento manifestado en ellos es eficaz entre los sujetos del mismo y apto para fundar la solicitud de inscripción en el Registro, pero no produce efectos

erga omnes. En cuanto a la inscripción, según Guastavino “el reconocimiento surte efectos respecto de terceros con independencia de su inscripción en el Registro del Estado Civil” (Guastavino, Elías P., *Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*, en JA 1964-II, Sección Doctr., p. 40 y ss., N° 40).

En síntesis, el reconocimiento es título de estado y prueba la filiación extramatrimonial del reconocido *erga omnes* cuando ha sido formalizado ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, o por instrumento público, o por testamento por acto público, o por instrumento privado autenticado, o por testamento ológrafo o testamento cerrado protocolizados. La inscripción en el Registro no agrega eficacia al reconocimiento, lo que no quita que en la práctica la filiación extramatrimonial reconocida se acredite generalmente mediante las partidas.

11. INEFICACIA.

Existen algunas divergencias doctrinarias en el planteo teórico de las acciones que permiten atacar la eficacia del reconocimiento, pero coincidencia en las conclusiones.

La clasificación de estas acciones se desprende lógicamente de la naturaleza del reconocimiento como acto jurídico declarativo de un hecho biológico preexistente y decisivo que priva sobre la manifestación de voluntad encaminada a la producción del efecto jurídico del emplazamiento en el estado. Como acto jurídico, el reconocimiento es pasible de nulidad; como declaración de la relación biológica determinante de la filiación, es susceptible de ser contestado por no ser aquélla verdadera; finalmente, algunos supuestos de nulidad ceden ante la realidad del nexo natural admitido, lo que aproxima las acciones de nulidad y de contestación.

A) Inexistencia.

Ha de reputarse inexistente el pretendido reconocimiento verbal o por posesión de estado o escrito no firmado por el reconociente.

B) Nulidad.

Las causas de nulidad del reconocimiento son las propias de los actos jurídicos o específicas de éste en particular. La acción correspondiente es una acción de estado declarativa, de impugnación y de desplazamiento del estado en que el reconocimiento había ubicado al reconocido. Se rige por las disposiciones generales sobre la nulidad de los actos jurídicos y es imprescriptible por tratarse de una acción de estado (*supra*, Cap. I, N° 33).

a) *Causas de nulidad comunes a los actos jurídicos*: En el reconociente, su incapacidad (*supra*, N° 7, A), su falta de discernimiento; en el acto jurídico, los vicios de forma, a saber, la falta de poder especial en el mandatario para reconocer aunque lo tenga general y la falta de autorización judicial o de prueba de la maternidad cuando no exista la diferencia de 16 o 14 años entre reconociente y reconocido (*supra*, N° 7, B.a.1).

b) *Causas de nulidad específicas del reconocimiento*: la imposibilidad biológica de la filiación reconocida; la incompatibilidad entre el estado de que gozaba el reconocido y aquel en que lo emplea el reconocimiento (*supra*, N° 7, B, a.2); el reconocimiento de un hijo adoptado por un tercero con adopción plena (*ídem*, b.3).

c) *No son causales de nulidad del reconocimiento*: la designación del otro progenitor (de acuerdo Lafaille, Busso, Llambías, Borda, Mazzinghi, Guastavino) pues se anula la manifestación prohibida, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y aun penales en que podría haber incurrido el que la efectuó y de las sanciones administrativas que recaen sobre el oficial del Registro y el escribano que la hubieran asentado; la falta de registro del reconocimiento; su sujeción a modalidades, siendo éstas las que se anulan, aun cuando se tratara de una condición prohibida (artículos 530 y 531 C.C.) porque queda formalizado prescindiendo de la condición de la cual es siempre separable.

d) *Sujeto activo de la impugnación*. Se aplican, según lo indicado, las reglas generales sobre la acción de nulidad de los actos

jurídicos. El representante legal del reconociente está legitimado para accionar contra el reconocimiento realizado por el incapaz pero no para atacar el que hubiera sido efectuado por el representado cuando gozaba de su capacidad. “Lo que en esta materia ha sido hecho por una persona plenamente capaz y dueña de su voluntad, no puede más tarde ser impugnado por su representante” (Borda, *op. cit.*, N° 709).

C) Contestación del reconocimiento.

“Contestar” el reconocimiento consiste en demostrar que no está de acuerdo con la realidad biológica, esto es, que el reconociente no es padre o madre del reconocido. Se trata también de una acción de estado declarativa, de impugnación y de desplazamiento del estado en que el reconocimiento había emplazado al reconocido.

Siendo el objeto de la prueba un hecho negativo “debe encarársela en sentido positivo, demostrando hechos que hagan imposible la existencia de la filiación impugnada” (Busso, Eduardo B., *Código Civil comentado*, T. II, 2ª parte com. al art. 335, N° 69).

a) *Sujetos con legitimación activa.* Según el artículo 335 del Código Civil, “el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, o por los que tengan interés en hacerlo”. La ley 14.367 restringió esta amplitud de la legitimación activa para la acción, limitándola a los reconocidos y a los herederos forzosos del reconociente, restricción de la legitimación activa que fue muy criticada pues despojaba de medios de defensa a sujetos que invisten intereses dignos de protección. La ley 17.711 derogó expresamente el artículo 4 de la ley 14.367, determinando la recuperación de la vigencia del artículo 335 del Código, aplicable, por supuesto, a todos los hijos extramatrimoniales.

Por lo tanto, pueden atacar el reconocimiento todos los que invoquen un interés legítimo patrimonial o moral: el reconocido por sí o por el representante que a esos efectos se le nombre, el verdadero padre y la verdadera madre del reconocido por quien

no lo es, el verdadero progenitor para evidenciar que no ha tenido relaciones íntimas con el reconociente, el padre del reconociente que se ve obligado por el deber alimentario hacia quien no es su nieto o que es desplazado por éste de la herencia de aquél o debe compartirla, el cónyuge del reconocido por su interés moral y también hereditario, los colaterales del mismo porque quedan desplazados de la herencia, los legatarios y donatarios del reconociente o del reconocido cuyos legados o donaciones se verían afectados por lesionar la legítima del reconocido o viceversa. Si el móvil es exclusivamente un potencial interés patrimonial *post mortem* (lo que no se supone en los parientes) es necesario esperar a que se haya producido el deceso del reconociente o del reconocido, en su caso.

El reconociente no puede contestar el reconocimiento porque, o estaría invocando su propia torpeza si conocía la falta de nexo biológico, o su acto se encuentra afectado por una causal de nulidad que no le es imputable, en cuyo caso debe entablar la acción correspondiente.

b) *Caducidad*. Conforme al artículo 4029 del Código Civil, “La acción del hijo reconocido por el que se dice su padre, contra el reconocimiento hecho, se prescribe por dos años desde que el hijo llega a la mayor edad”. Este término de caducidad había sido también modificado por el artículo 4 de la ley 14.367 que lo redujo a un plazo de 90 días desde la notificación del reconocimiento. Derogado el artículo 4 por la ley 17.711, el artículo 4029 se encuentra vigente.

Es opinión general de la doctrina que el plazo de dos años se cuenta desde la fecha del reconocimiento si se reconoció a un mayor de edad.

No existe similar acuerdo en lo que hace a la caducidad de la acción a favor de terceros interesados. Según Belluscio, la acción de sujetos distintos del hijo no se extingue por caducidad (*Derecho de Familia*, T. I, N° 53, p. 115). Es idéntica la opinión de Zannoni (parágr. 826). Por el contrario, Mazzinghi extiende el término de dos años también a la acción a ejercer por terceros (N° 542). En

igual sentido Busso, Llambías, Díaz de Guijarro, contándose el término desde que tuvieron noticia del reconocimiento.

D) Cuestiones comunes a las acciones de nulidad y de contestación.

a) *Representación del hijo incapaz.* Correspondiendo la representación legal al reconociente, a pedido del Ministerio Público o de quien ejercía la representación a la fecha del reconocimiento, debe darse por el juez un curador especial al hijo incapaz (Borda, Mazzinghi).

b) *Legitimación pasiva.* En la acción promovida por el reconocido se demanda al reconociente, en la entablada por terceros, a reconociente y reconocido conjuntamente.

c) *Prueba.* Se admiten todos los medios.

d) *Retroactividad de la sentencia.* La sentencia que acoge la demanda es eficaz *erga omnes* y retrotrae sus efectos a la fecha del reconocimiento, sin perjuicio de terceros. Los alimentos pasados entre reconociente y reconocido no son repetibles, salvo que “se probara mala fe en el autor del reconocimiento, que ha seguido ese procedimiento para obtener una pensión de quien no es su hijo” en cuyo caso la acción de repetición será procedente (Borda, *op. cit.*, N° 717).

e) *Preeminencia de la verdad de la relación biológica sobre ciertas causales de nulidad.* Siendo el hecho generacional la fuente del estado, es indiscutible que decretar la nulidad del reconocimiento por ciertas causales de nulidad cuando la relación biológica sea verdadera, implicaría consagrar un absurdo jurídico anteponiendo lo circunstancial a lo esencial. Habiendo obrado el reconociente con discernimiento, capacidad y voluntad libre (es decir, no coaccionada por violencia), el dolo, los vicios de forma que se señalaron, la misma diferencia de edad menor de 16 o 14 años, son insuficientes para destruir la verdad de la filiación.

El error espontáneo o provocado por dolo debe recaer justamente sobre la identidad del reconocido al que se tomó por hijo

sin serlo; la nulidad no prosperará por falta de la diferencia de edad o de la autorización o demostración requeridas, si el juez se convence de que hubiera dado su conformidad de solicitársela oportunamente porque la relación vital es cierta; la incompatibilidad entre el estado de que gozaba el reconocido y el que le atribuyó el reconocimiento implica la no realidad del segundo vínculo o, si no es así, finalmente quedará éste firme y será preciso destruir el primero; el reconocimiento de un hijo adoptado por otro con adopción plena sólo podrá anularse si no hay relación biológica de la cual resulte el impedimento matrimonial. En conclusión, la nulidad y la contestación se compenetran con predominio de ésta sobre aquélla, al punto de que, salvo en los casos de falta de discernimiento, incapacidad y violencia, lo decisivo es que se demuestre la inexistencia de nexo biológico entre reconociente y reconocido. Por otra parte, la acción de contestación admite una gama más amplia de legitimados para entablarla, restando al reconociente la acción de nulidad en los casos en que opera independientemente. Siempre que la acción predominante es la de contestación del reconocimiento, sus caracteres deben privar sobre los de la acción de nulidad.

2º) DECLARACION JUDICIAL DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

12. CONCEPTO.

La declaración judicial de la filiación extramatrimonial es una sentencia en la cual el juzgador resuelve que una persona es hija extramatrimonial de otra, culminando el curso de una acción dirigida a ese fin. La acción de reclamación del estado de hijo extramatrimonial es una acción de estado declarativa, de reclamación, de emplazamiento y constitutiva del título de estado porque lo es la sentencia. De acuerdo con el artículo 3 de la ley 14.367, se rige por lo dispuesto en el artículo 325 del Código Civil.

13. REQUISITO PREVIO AL EJERCICIO DE LA ACCION.

El artículo 3 de la ley 14.367, ya citado, dispone que si aquel que va a intentar la acción de declaración de su filiación extramatrimonial goza ya de una filiación establecida, debe previa o simultáneamente accionar para obtener el desconocimiento de esta última.

La finalidad del precepto es obvia: impedir la acumulación de estados incompatibles entre sí.

Si el hijo cuya filiación se reclama está adoptado, recuérdense los artículos 19 y 29 de la ley 19.134.

14. SUJETOS

Son sujetos activos de la acción, el que afirma ser hijo extramatrimonial y sus herederos. Son sujetos pasivos, el pretense padre o madre y sus herederos.

A) Sujeto activo.

a) *Legitimación activa del hijo.* En principio, están legitimados para accionar todos los hijos extramatrimoniales, cualquiera haya sido la situación jurídica de sus progenitores a la época de la concepción.

En el régimen del Código Civil, sólo los hijos naturales eran hábiles para hacerlo. La fundamentación de su derecho, novedoso en ese momento histórico, ha sido magistralmente expuesta por el codificador en la nota al artículo 325, cuya lectura es ineludible. Posteriores leyes incidieron sobre los textos originales: el artículo 325 fue modificado por la ley de Fe de Erratas que restringió sus alcances, y la ley 14.367, al suprimir las calificaciones de los hijos habidos fuera del matrimonio, extendió la legitimación activa a todos ellos, en una solución de evidente justicia.

El hijo acciona por sí mismo o por medio de su representante legal si es incapaz.

Entendemos que la persona por nacer carece de la acción por razones de hecho derivadas del objeto inmediato de la prueba, ya

que es indispensable conocer la fecha del nacimiento para establecer la época de la concepción durante la cual deben demostrarse las relaciones íntimas de los progenitores (ver *infra*, N° 17 A). A esta objeción fundamental, se agrega la norma del artículo 67, segunda oración del Código Civil, cuyos términos no distinguen difiriendo todas las acciones de filiación hasta después del nacimiento. Las cuestiones sobre alimentos provisorios y derechos hereditarios que corresponden al concebido pueden resolverse oportunamente mediante disposiciones de los códigos procesales.

En opinión casi unánime de los autores argentinos, el concebido es titular de las acciones de estado que pueden entablarse en su representación (Lafaille, Busso, Borda, Llambías). Se pronuncian en contra Spota y López Olaciregui.

b) *Restricciones a la legitimación activa del hijo.* Del conjunto del ordenamiento surgen distintas restricciones a la legitimación activa del pretense hijo. Son las siguientes:

b.1 *Ejercicio de la acción después de la muerte del pretense progenitor.* La ley de Fe de Erratas agregó el último párrafo al artículo 325, según el cual la acción no puede entablarse después de la muerte del pretense progenitor cuando no ha habido posesión de estado. La reforma, pues no fue corregido error alguno, obedeció al propósito de evitar demandas infundadas pero difíciles de rebatir dado el fallecimiento del principal oponente, lo que no quita que se haya obstaculizado con esta limitación, el derecho de verdaderos hijos privados de la vivencia de la relación paterno-filial.

La posesión de estado es, entonces, un elemento constitutivo de la acción que se entabla *post mortem* del pretense padre y no sólo un extremo más que debe necesariamente probarse, además del nexo biológico, aunque, en la práctica, la demostración de ambos objetos se ofrezca y vaya produciéndose simultáneamente. No habiendo posesión de estado, el fallecimiento del progenitor determina la caducidad de la acción. Basta con que la demanda se presente antes del deceso para que el requisito del artículo 325 no sea exigido, salvo que se probara la mala fe del actor.

No es preciso que la posesión de estado se haya extendido hasta el momento de la muerte, sólo se requiere su configuración en algún período ya que es irreversible. “Si debe admitirse la acción después del fallecimiento de uno de los padres aunque la posesión de estado sólo haya tenido lugar durante una época de la vida de los padres, no se debe ello a que ese estado sea irrevocable, sino a que basta con que existiera durante un cierto tiempo para que haya un elemento objetivo, externo, público, que brinda una seriedad *prima facie* a la acción y evita el peligro de las aventuras temido por los autores de la reforma” (Borda, *op. cit.*, N° 741).

La demostración de la posesión de estado permite la continuación del juicio de filiación *post mortem*. Si bien sus caracteres y la trascendencia de la posesión de estado se consideran más adelante, anticipamos nuestra opinión en el sentido de que su eficacia probatoria puede ser destruida por la comprobación de la inexistencia del nexa biológico. Por lo tanto, es principalmente la función negativa del requisito, en cuanto obstáculo para la prosecución de la acción, lo que requiere mayores precisiones en aquellos supuestos en que se discute la posibilidad de que se configure la posesión de estado, a saber, el del pretense progenitor demente y el del hijo póstumo.

Supuesto de progenitor demente. Como la posesión de estado es un hecho o un conjunto de hechos, puede darse entre el hijo y el padre o madre dementes, interdictos o no. Observa Mazzinghi que, pese a lo difícil que puede resultar para el enfermo mental la comprensión de la realidad “es probable que advierta el alcance de su vinculación con el hijo, y proceda en consecuencia. Ello sin perjuicio del ponderado examen que debe hacerse sobre la gravitación de esta circunstancia” (*op. cit.*, N° 546). Borda comparte esta conclusión. Por el contrario, Busso y Llambías se pronuncian por que la posesión de estado, salvo durante los intervalos lúcidos del demente, es imposible, que no cabe exigir su demostración y que es suficiente, en el caso, con que se demuestre el nexa biológico.

Supuesto del hijo póstumo. No hay definida coincidencia doctrinaria ni jurisprudencial sobre la posesión de estado de la persona por nacer. La solución negativa comporta para el hijo la caducidad de la acción si el padre muere antes de su nacimiento, conforme al requisito del artículo 325, con lo que quedaría privado definitivamente del título de estado que en justicia pudiera corresponderle.

A favor de la posibilidad de que haya posesión de estado se invocan, entre otros, estos razonamientos: su configuración es factible porque “el goce del estado no emana necesariamente de una ‘conducta’ recíproca, sino de una situación de esta naturaleza, que puede ser la consecuencia de una conducta unilateral”, lo que también sucede con respecto al hijo recién nacido o de muy corta edad y que ejemplifica Vélez Sársfield en la nota al artículo 325 (Zavala de González, M., *La acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo* en LL 1982-D-333); dicha posesión resulta de hechos demostrativos de que el pretense padre se consideraba autor del embarazo (atenciones a la madre, particularmente a su estado de gravidez), coherentemente con la acertada concepción del derecho argentino que ve en el *nasciturus* una persona y no *pars visceram matris*; la posesión de estado del concebido fue admitida por el senador Dr. Cortés al discutirse la modificación introducida al artículo 325 por la ley de Fe de Erratas; la justificada voluntad de autores y jueces de no cercenar al hijo póstumo el derecho a obtener su título de estado, y la satisfacción de los derechos que ha sido capaz de adquirir desde su concepción (art. 64 C.C.). Lafaille, Busso, Mazzinghi, Zannoni, Beluscio, aceptan que puede darse la posesión de estado de la persona por nacer configurada en el trato de padre y madre durante la gestación (1).

(1) “Tratándose de hijo póstumo es evidente que la posesión de estado no puede revestir los mismos caracteres que se dan en aquellos que han coexistido con sus padres y que se concretan, de manera genérica, en la clásica trilogía de nombre, trato y fama. La posesión de estado en estos casos, en los que ha faltado por lógica el trato recíproco paterno-filial, ha de surgir de hechos claros, de circunstancias inequívocas, demostrativas de que el fallecido se consideraba autor del embarazo del ser cuya filiación se pretende acreditar;

Sostenemos, por el contrario, la imposibilidad de que exista posesión de estado en el concebido. Admitirla sería modificar el concepto mismo de esta figura jurídica que se haría aparecer perfilada de distinta manera para antes y para después del nacimiento. En el primer supuesto falta la viabilidad del trato recíproco porque la persona por nacer se encuentra naturalmente imposibilitada para asumir de hecho el rol del hijo para con su padre. Y éste se halla también imposibilitado para “tratar” directamente al concebido como su hijo. Sin pretender la tradicional trilogía de “nombre, trato y fama” para caracterizar la posesión de estado, que ningún tribunal exige, es notorio que encierra una importante dosis de acierto y seguridad y, tal vez, sólo la “fama” puede presentarse en el caso analizado. En cuanto a las atenciones del pretense padre con la madre durante el embarazo no significan sino un elemento que, probado, permitirá inferir el nexo biológico. Por otra parte, la privación de la acción *post mortem* afecta a todo hijo que carezca de la posesión de estado, no sólo al *nasciturus*, por lo que es rela-

es de esas actitudes y del comportamiento hacia la madre que ha de inferirse la posesión de estado de hijo póstumo ya que de otro modo, resultaría esto de imposible demostración. Cabe agregar que si bien, en lo que al hijo póstumo refiere, los hechos demostrativos del nexo biológico pueden superponerse o confundirse con aquellos relativos a la posesión de estado, ello no significa derogación del principio que establece la doble acreditación de las acciones iniciadas post-mortem. Resumiendo, entonces, tenemos que para que se lo declare como tal, el hijo póstumo ha de demostrar el nexo biológico existente entre su persona y la del pretendido padre, así también como su posesión de estado, entendida ésta en la forma indicada”: Tribunal Colegiado de instancia única en lo Civil; Santa Fe, 26 de abril de 1963, en *Juris* 27, 81.

“Si bien a primera vista parecería imposible que la posesión de estado pudiera referirse a un sujeto concebido, que se encontrara en el seno materno, tampoco sería justo privarle de la situación que le corresponde dentro de las relaciones de familia. El concubinato de la madre, las atenciones prestadas a ésta durante el embarazo, la misma ayuda económica y, en definitiva, el cumplimiento de los actos propios de un padre en tales circunstancias, pueden inducir la existencia del vínculo, importando el reconocimiento de hecho con arreglo a las modalidades del asunto. La posesión de estado de hijo póstumo viene a confundirse con la vida en común hecha con la madre, de manera que los actos dirigidos a ella pueden ser aplicados al hijo”: Cám. 2ª Civil y Com. de Córdoba, 16 de abril de 1982 en LL 1981-D-333, con nota citada de Matilde Zavala de González y en J. A., 1983-II, fallo Nº 32.054 con nota de MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo: una solución de equidad*.

tivo afirmar que no procede discriminar entre hijos concebidos y nacidos: se discrimina entre hijos con y sin posesión de estado, en virtud de una norma legal criticable pero vigente.

Estas argumentaciones no comportan necesariamente la privación de la acción de filiación extramatrimonial para el hijo póstumo: como no es lógico ni jurídico exigir la prueba de un hecho que no puede llegar a presentarse, se impone prescindir de él y acudir a la primacía del nexo biológico, lo único que definitivamente importa aunque haya posesión de estado, y que el comportamiento del pretense padre durante el embarazo de la madre permite deducir al poner en evidencia sus íntimas relaciones y su convicción de ser ese hijo concebido fruto de las mismas.

Aceptar el ejercicio de la acción *post mortem* por el hijo póstumo es una solución de equidad, es decir, justa en el caso singular, sin violación del texto del artículo 325 sino interpretándolo en un supuesto fáctico cuyos detalles escaparon a la mente del legislador, interpretación que es razonable extender al hijo cuyo padre ha fallecido durante su primerísima infancia. No corresponde sostener estas reflexiones para acoger la acción del hijo contra el padre si tuvieron acceso a la posesión de estado pero permanecieron al margen de ella, pues entonces se interpretaría *contra legem* y el requisito del artículo 235 resultaría derogado por el juzgador.

Borda estima inconcebible hablar de posesión de estado antes del nacimiento y que las relaciones íntimas con la madre constituyen una prueba del vínculo biológico, lo que es suficiente porque no es lógico exigir la prueba de un hecho imposible.

b.2 *Imposibilidad de dar cumplimiento al requisito previo al ejercicio de la acción.* Tratándose de filiación legítima deben tenerse en cuenta las disposiciones pertinentes que llevan a esta imposibilidad, en particular, el artículo 256 del Código Civil (ver *supra*, cap. X).

b.3 *Prohibición de demandar a una mujer casada.* La segunda oración del artículo 3 de la ley 14.367 reproduce el artículo 326 del C.C., vedando el ejercicio de la acción cuando tenga por fin

atribuir el hijo a una mujer casada, de manera que resulta restringida la legitimación activa en este caso (ver infra B).

c) *Legitimación activa de los herederos del hijo.* Dos son los supuestos de la hipótesis considerada: la muerte del que se pretende es hijo extramatrimonial no reconocido, a cualquier edad, sin haber intentado la acción para ser declarado tal de su pretense progenitor vivo o difunto; la existencia de herederos de aquél.

Es conveniente agrupar las distintas posiciones doctrinarias en tres tesis.

c.1. *Tesis absolutamente negativa.* Su fundamento principal reside en la inherencia personal del estado, carácter del que lógicamente participa la acción tendiente a establecerlo y que comporta su intrasmisibilidad incluso por causa de muerte. La admisión de su ejercicio por determinados sucesores constituye una atribución especial y una excepción al principio de la intransmisibilidad que, por lo tanto, debe constar en disposición legal expresa. Y bien, no existe en la legislación argentina norma alguna que configure dicha atribución excepcional requerida para admitir al heredero al ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial de su pariente, así sea su progenitor. Por el contrario, en dos textos se hace hincapié en la acción ejercida por el hijo mismo (arts. 325 y 4019, inc. 2º, comprensivo de toda filiación). *Ergo*, los herederos del hijo extramatrimonial no pueden ejercer la acción de que éste fue titular ni invocando un derecho propio ni su condición de continuadores de la persona de su causante, porque la acción se ha extinguido con ésta. Belluscio se ubica en esta tesitura.

c.2. *Tesis intermedia.* Acepta la aplicación del artículo 259 del Código Civil por extensión analógica de manera que la acción es reconocida al heredero del hijo extramatrimonial difunto en cuanto a proseguirla si éste la hubiera iniciado o a entablarla si hubiera muerto en la menor edad. Lafaille explicaba que ello era así mientras se tratara de una filiación negada pero no cuando mediara la admisión del vínculo aunque no constituyera un reconocimiento formal. Machado ya había expresado idéntica interpretación y con

mayor amplitud de aplicaciones, la compartieron Llerena y Rébora. Obsérvese que estos razonamientos son contemporáneos al régimen del Código Civil que admitía el reconocimiento del hijo natural por escritura pública, ante los jueces o “de cualquiera manera” (artículo 332), en forma de que el hijo natural con posesión de estado no podía reputarse “desconocido”, única hipótesis en que se aceptaba la aplicación del artículo 259.

c.3. *La tesis parcialmente permisiva.* Nos inclinamos por la tesis parcialmente permisiva. A su favor juegan argumentos doctrinarios y jurisprudenciales del tenor de los siguientes: del estudio de los textos y del sistema general del Código en materia de acciones de estado y de sucesión por causa de muerte, se obtiene como argumento favorable la no exigencia imperiosa de deducir de la mención del hijo en el artículo 325, la exclusión de quien, no siéndolo, continúa su persona; el principio de la sucesión en la persona debe ir acompañado con la admisión de la transmisibilidad de la acción no habiendo restricción expresa ni para los descendientes ni para los demás herederos; en lo que hace al artículo 259, su referencia exclusiva a la filiación legítima resulta de su texto y de su ubicación en el título dedicado a los hijos legítimos, no siendo extensible ni aplicable por analogía al caso diferente de la filiación extramatrimonial; tampoco la referencia del artículo 4019, inciso 2º, importa restringir el ejercicio de la acción a solamente el hijo pues se limita a establecer la imprescriptibilidad en esa hipótesis sin contemplar a otros legitimados para accionar; es sensato conceder que la realidad justifica el distinto tratamiento de la filiación legítima y la extramatrimonial porque es raro que un progenitor legítimo desconozca a su hijo y frecuente que lo haga el extramatrimonial; el elemento sociológico de la interpretación subraya que la falta de ejercicio de la acción por el hijo no puede entenderse como renuncia a la misma; axiológicamente, se sostiene que la extensión del artículo 259 a los hijos extramatrimoniales contraría el espíritu de la ley y, fundamentalmente, el orden de la justicia.

Es preciso considerar especialmente el argumento negativo basado en la inherencia personal, calificación innegable del estado de

familia, y el de su corolario, la intransmisibilidad de las acciones de estado. Es refutable si se advierte que el hijo o hermano que acciona por la filiación de su padre o hermano, está actuando en defensa de “su” estado (el del actor) para cuya determinación requiere con necesidad de medio la determinación del estado de aquél, por cuanto el estado no hace solamente a la calidad de hijo, percepción imperfecta de su contenido (Díaz de Guijarro, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, N° 281), sino que se aplica a cualquier emplazamiento familiar. Las limitaciones como la del artículo 259 del Código Civil, se manifiestan como excepciones al principio del derecho a la defensa del propio estado y son absolutamente inextensibles por analogía.

En síntesis, la legitimación activa de los herederos del hijo se funda en este derecho a la defensa del estado. No obstante, no es razonable ni jurídico admitirla sin límites, correspondiendo remitirse a tales efectos, a los que la ley pone a la vocación hereditaria y al derecho alimentario, suponiendo que el interés moral decrece a medida que el parentesco es más lejano.

La pauta aceptada (“defensa del propio estado”) obliga a excluir de la legitimación activa al heredero instituido no pariente en grado sucesible del hijo que testó a su favor. Y también (conclusión muy importante) al progenitor extramatrimonial del hijo difunto porque carece de estado con respecto al otro progenitor del mismo. En la tesis amplia se ubican Busso, Borda, López del Carril, Llambías, Zannoni (1).

B) Legitimación pasiva

La demanda por filiación extramatrimonial se dirige contra el pretense padre o madre y, después de su muerte, contra sus herederos o contra las personas que tengan interés legítimo en oponerse a la declaración judicial así sea por motivos exclusivamente

(1) Ver nuestro *Los herederos y el ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial*, en LL 1980-C-938 y *Acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo: una solución de equidad* cit.

patrimoniales. No procede demandar conjuntamente a ambos progenitores.

Pueden ser demandados todos los padres extramatrimoniales cualquiera haya sido su situación jurídica en la época de la concepción del hijo y cualquiera sea en la fecha de la apertura del proceso; también pueden ser demandadas todas las madres extramatrimoniales cualquiera haya sido su situación jurídica cuando concibieron al hijo, pero la ley prohíbe demandar a una mujer casada (art. 3, ley 14.367, reproduciendo el contenido del art. 326 C.C.).

Esta restricción obedece al propósito de no permitir que sea perturbada la vida familiar de la pretensa madre. Siendo excepcional y mediando el derecho del hijo a que su filiación sea establecida, debe interpretarse restrictivamente, coincidiéndose en que sólo se aplica a la mujer actualmente casada (expresión que emplea el Anteproyecto de 1954 en su art. 531), es decir, casada a la fecha de la demanda, y no a la mujer viuda. Es aceptable también la acción contra los herederos de la mujer fallecida que estuvo casada. Se ha estimado igualmente admisible cuando ha mediado posesión de estado porque cesa la *ratio legis* al evidenciar el comportamiento de la madre que no rehúsa su maternidad (Borda, Belluscio, plenario de las Cámaras Civiles de la capital del 26 de agosto de 1921, aunque allí lo principal consistió en acoger la acción contra los herederos de una mujer difunta). Participamos del criterio de Mazzinghi que juzga excesiva esta amplitud interpretativa, además de violatoria de los fundamentos de la prohibición, salvo que la posesión de estado conste *prima facie* en pruebas documentales acompañadas a la demanda.

La actitud judicial ante la demanda de filiación extramatrimonial contra una mujer casada varía entre el rechazo de oficio de la misma y la apertura del proceso continuándolo hasta la contestación de la demanda para cerrarlo sin abrir la causa a prueba si la mujer niega la filiación. Quienes excluyen de la prohibición el supuesto de existencia de la posesión de estado, deben necesariamente aceptar que, en este caso, se abra la instancia a prueba con el consiguiente control y prueba negativa a cargo de la demandada.

15. COMPETENCIA.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial es de competencia de tribunales de primera instancia y apelable, de acuerdo a las normas sobre organización de tribunales y su competencia que rigen en las distintas provincias y en el orden nacional. Si la acción se entabla después de la muerte del progenitor, es atraída por el fuero del sucesorio (art. 3282 C.C.).

En la provincia de Santa Fe, cuando corresponde a la competencia territorial de los Tribunales Colegiados de Instancia Unica (que funcionan en las ciudades de Santa Fe y Rosario), éstos son competentes por razón de la materia. En los otros casos, lo son los jueces de 1ª instancia (ver art. 32 de la Ley Orgánica de los Tribunales y su remisión).

16. PROCEDIMIENTO.

La importancia de la cuestión a dilucidar, los intereses comprometidos y las dificultades de la prueba, exigen el trámite ordinario que es el que se aplica de acuerdo al Código Procesal nacional.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe incluye los procesos por filiación entre aquellos en los cuales se aplican las disposiciones del juicio oral (art. 541).

17. PRUEBA.

Ordenadamente ha de distinguirse entre el objeto de la prueba (¿qué debe probarse?), los medios para producirla y la apreciación de la misma. La posesión de estado requiere consideración especial.

A) Objeto.

Debe probarse el nexo biológico entre el demandado/a y el actor, es decir, que éste fue engendrado por aquél o concebido por aquélla. Se trata de un objeto imposible de probar en sí mismo y por ello se considera que deben demostrarse principal pero no exclusivamente ciertos extremos de los cuales se infiere la verdad

del vínculo, extremos que varían según se demande por maternidad o por paternidad extramatrimoniales.

En la acción por maternidad debe probarse el parto de la demandada y que el actor es la persona que nació en el mismo. En la acción por paternidad, debe probarse primero la maternidad, con el título de estado correspondiente si ya ha sido obtenido o mediante la demostración de los extremos recién indicados. Luego han de probarse las relaciones íntimas entre la madre y el demandado mantenidas durante la época de concepción.

Otros elementos coadyuvan a inferir la existencia de la relación biológica: el parecido físico, en expresiones o comportamientos; en el temperamento; las enfermedades comunes a actor y demandado que se reputen hereditarias.

A su vez, hay hechos que gravitan en contra del demandante y que pueden ser suficientes para enervar la prueba que hubiera producido en su favor: la incompatibilidad de grupos sanguíneos entre las partes, que demuestra que no existe entre ellas el vínculo generacional; la virginidad de la mujer o el que sea nulípara; el haber mantenido la madre relaciones íntimas con distintos hombres durante la época de la concepción del hijo (*exceptio plurium concubentium*), circunstancia que torna incierta la paternidad; la imposibilidad de que el pretense padre haya tenido acceso con la madre en el mismo período.

B) Medios de prueba.

Se admiten todos los medios según lo establece el amplio artículo 325 del Código Civil.

Es innecesario aclarar que la confesión del demandado constituye reconocimiento y pone fin al proceso.

En la acción contra la mujer son decisivas la identificación del recién nacido y la certificación del parto. En la misma y en la acción contra el pretense padre cabe remitirse al examen biotípico comparativo del actor y el demandado/a, en el que se tienen en cuenta los caracteres: antropomórficos o morfológicos

externos (talla, pigmentación de la piel, parecido facial, semejanza en la figura); antropokinéticos o funcionales externos (mímica facial, actitudes, manera de moverse, lenguaje, timbre de la voz); semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (enfermedades de la sangre, lunares); sicológicos (temperamento), biológico de la sangre o constitución sanguínea. Este examen, para ser completo, requiere que su realización por especialistas sea completada por la inspección ocular del juez. Se considera, al respecto, que sólo reviste un relativo valor cuando se comparan a las dos partes, esto es, en vida de ambos, por lo que carecería de sentido exhumar un cadáver para efectuarlo.

Las relaciones entre los pretensos progenitores se prueban por testigos, cartas, etcétera, de acuerdo a las reglas generales para la demostración de los hechos.

Entre los objetos inmediatos de prueba negativa con respecto a los sostenidos por el actor, la virginidad de la madre o el hecho de que nunca ha dado a luz se demuestra mediante peritajes médicos. También es indispensable el peritaje en la prueba hematológica. En ambos casos, la prueba será ofrecida por la o el demandado, ya que juegan en su beneficio. La negativa a prestarse a los exámenes sanguíneos constituye una seria presunción en contra del demandante.

La prueba testimonial es importante en cuanto a la imposibilidad de las relaciones del demandado con la madre o a la *exceptio plurium concubentium*.

C) Apreciación de la prueba.

La apreciación de la prueba queda a criterio del juzgador conforme a los principios generales. Sólo excepcionalmente un único hecho demostrado es suficiente para formar su convicción (por ejemplo, lo es, como prueba negativa, la virginidad de la mujer). A la inversa, la jurisprudencia registra ejemplos de la falta de confiabilidad que merecen ciertos elementos aislados, aun los que parecerían decisivos como la incompatibilidad de los grupos sanguíneos.

Puede afirmarse que el juez necesitará un acopio de distintos extremos debidamente demostrados para llegar a formar su decisión sobre el pleito y goza de amplias atribuciones para pedir nuevas pruebas o ampliación de las rendidas, sin que lo trabe la concepción de algunas especies. Así, aunque la *exceptio plurium concubentium* supone que la multiplicidad de relaciones debe haberse presentado durante la época de la concepción, se estima que si se la ha probado pero no plenamente, puede ser corroborada con la de los antecedentes morales de la madre.

D) La posesión de estado.

Nos remitimos al tomo I, Cap. I, N^o 29. Para el tema de la posesión de estado en el ejercicio de la acción después de la muerte del presunto progenitor, ver *supra*, N^o 14, b.1.

Recalamos que la posesión de estado es una situación configurada por un hecho o un conjunto de hechos, irreversibles, que debe ser probada por todos los medios. Tales hechos son múltiples y, según las circunstancias de la especie, uno solo puede bastar aunque normalmente se demuestran varios. La jurisprudencia registra, entre otros, los siguientes: que el demandado pasara alimentos al hijo; que asumiera sus gastos de vivienda, vestimenta, estudios, asistencia médica; que lo atendiera en su educación inscribiéndolo en escuelas o colegios; que le diera un oficio; que mantuviera correspondencia con él; que permitiera que usara su apellido, etc.

Es importante referirse a la relación entre la posesión de estado y la prueba del nexo biológico. El planteo de la cuestión se resume en la respuesta a esta pregunta que hace tanto a la acción entablada en vida como después de la muerte del pretense progenitor: ¿probada la posesión de estado queda ya demostrada la filiación?

La doctrina y la jurisprudencia ofrecen tres alternativas al respecto:

a) *Tesis negativa: La prueba del nexo biológico es indispensable.* Se argumenta que en el artículo 325, para la acción *post*

mortem, la posesión de estado se exige como un requisito agregado al régimen básico siendo así evidente que éste reclama siempre la prueba del nexo biológico. Además, el trato paterno-filial puede presentarse entre personas no unidas por la generación, la que depende de un hecho y no de la voluntad de los interesados.

Esta tesis es sustentada por Díaz de Guijarro, Busso, Rébora, Llambías, antigua jurisprudencia de la Capital Federal y algunos tribunales provinciales. En particular, véase Superior Tribunal de Santa Fe, 11 de julio de 1942 en LL 27, 730 con importante voto del doctor Francisco M. Ferrer.

b) *Tesis afirmativa: la prueba del nexo biológico no es necesaria.* Afirmarlo implica que la posesión de estado comporta reconocimiento, de manera que si ha sido probada, es superfluo exigir la prueba del nexo biológico cuya verdad surge de dicho reconocimiento. “La posesión de estado, escribe Belluscio, importa un reconocimiento tácito que equivale al expreso, y si frente a éste no es necesario probar el nexo biológico, tampoco lo es frente a aquél” (*op. cit.*, N° 480). Se recuerdan asimismo las expresiones de Vélez Sársfield en la nota al artículo 325: “La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; más la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa”.

En esta posición se ubican Machado, Salas, Belluscio, Zannoni y algunas sentencias.

c) *Tesis intermedia: la posesión de estado no prueba necesariamente el nexo biológico pero constituye un elemento de particular relevancia en su demostración y, en ciertos casos, es suficiente*

para sentar la verdad de la filiación. Borda propicia una amplísima facultad de apreciación por el juez. Afirma: "Si la prueba de la posesión de estado es tal que le permita formar la convicción de que la filiación es verídica, puede prescindir de otras pruebas. Pues no hay que olvidar que, sobre todo tratándose de la paternidad, la prueba inequívoca del nexo biológico es imposible. Todas serán conjeturas, probabilidades. Y entre esos elementos de juicio no hay por qué desdeñar nada menos que esta prueba viviente, 'de carne y hueso', como decía Vélez, que es la posesión de estado. Pero en el ánimo del juez debe estar siempre presente que lo que se procura establecer es la realidad biológica. Por tanto, si se produjera una prueba de descargo tal como la incompatibilidad de los grupos sanguíneos o que la madre es nulípara, es obvio que por más que se pruebe acabadamente la posesión de estado, la acción no puede prosperar". "De igual manera, continúa ejemplificando, si el pretendido padre fuera demente, no basta con la prueba de la posesión de estado, porque en esta hipótesis es un indicio mucho menos serio de la realidad biológica; sería pues menester la prueba corroborante del nexo biológico". En síntesis concluye Borda: "el juez debe valorar el conjunto de la prueba y formar con ella su convencimiento, que puede ser contrario a la filiación no obstante la posesión de estado, pero que también puede satisfacerse con ésta" (*op. cit.*, N° 728).

Estos criterios, apoyados por Mazzinghi y que compartimos, coinciden en lo esencial con los fundamentos de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe del 23 de octubre de 1945 (R.S.F. T. 11, p. 220) que completa la doctrina del fallo citado *supra* bajo la letra a) y que se deben igualmente al doctor Ferrer.

Obsérvese que la *exceptio plurium concubentium* que, por cierto, no excluye la eventualidad de que el demandado sea el padre del actor, puede resultar inoperante frente a la posesión de estado que se probara existió entre las partes.

Tan equilibrada trascendencia atribuida a la posesión de estado satisface la orientación del codificador en la oración final de

su recordada nota: “El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura...”

18. SENTENCIA.

La sentencia que acoge favorablemente la demanda emplaza al actor en el estado de hijo extramatrimonial del demandado y es título de estado, en consecuencia, susceptible de ser impugnada por todos los que tengan interés en hacerlo (*ratio legis* del artículo 335 C.C.). La sentencia que rechaza la demanda no impide que otros titulares de la acción, que no fueron parte en el juicio, puedan intentarla nuevamente (ver *supra*, T. I, Cap. I, N^o 35, 3^o a).

Los efectos de la sentencia que declara la filiación son retroactivos a la concepción del hijo.

III. REGIMEN JURIDICO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

19. SUPRESION DE DISCRIMINACIONES.

La supresión de las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales cualquiera sea la calificación que les hubiera correspondido en el régimen del Código Civil, tiene su expresión más ostensible en la redacción de las partidas del Registro del Estado y Capacidad de las Personas. El artículo 5 de la ley 14.367 dispone, en efecto, que se expedirán únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio y, además, que el testimonio de la partida sólo podrá otorgarse a pedido del propio interesado, de sus progenitores, de sus representantes legales o por orden judicial expedida a solicitud de quien demuestre interés legítimo.

Lógicamente, con las partidas es imposible diferenciar entre un hijo legítimo y un hijo extramatrimonial cuya filiación se encuentre establecida con respecto a ambos progenitores, pero no lo es en el caso de que esta determinación se haya producido relativa-

mente a uno solo de ellos y, todavía menos, si se trata de un hijo de padres desconocidos. Otras determinaciones son también inevitables, por ejemplo, la que requiere la declaratoria de herederos en una sucesión en la cual concurren hijos extramatrimoniales.

20. LEGITIMACION.

Requiere especial mención la diferencia, sustancialmente significativa, entre hijos de padres que a la época de la concepción eran o no hábiles para contraer matrimonio ya que sólo los primeros pueden acceder a la legitimación según el artículo 311 del Código Civil (ver *supra*, Cap. X).

21. NOMBRE.

El artículo 6 de la ley 14.367 se refería al nombre de los hijos extramatrimoniales. Fue derogado expresamente por la ley 18.248 que destina al tema sus artículos 5 y 6 del siguiente tenor: "Artículo 5: El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera". Artículo 6: "El oficial del Registro Civil anotará con un apellido común al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste. Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se sustituirá por el del progenitor que lo reconociese, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscripto, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo. Toda persona mayor de dieciocho años que careciere de apellido podrá pedir

ante el Registro del Estado Civil la inscripción del que hubiese usado”.

Los textos se refieren al reconocimiento pero es obvio que las mismas soluciones se aplican a los supuestos de declaración judicial de la filiación.

22. PATRIA POTESTAD.

Para la evolución legal y régimen vigente de la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales nos remitimos al Capítulo XIII.

23. ALIMENTOS.

Véase el tema en los Capítulos XIII y XV.

24. DERECHOS HEREDITARIOS.

Los hijos naturales tuvieron vocación hereditaria desde el Código Civil. Esa vocación abarca a todos los hijos extramatrimoniales a partir de la ley 14.367 que, a su vez, introdujo algunas modificaciones importantes en el régimen de Vélez Sársfield.

Los hijos extramatrimoniales son herederos forzosos, es decir, tienen derecho a una parte de la herencia de la que no pueden ser privados por actos a título gratuito de su progenitor salvo justa causa de desheredación. Esta porción, denominada legítima, es de un medio del acervo cuando vienen solos a la sucesión, de manera que la porción disponible del causante es de un medio. Cuando los hijos extramatrimoniales concurren con los ascendientes legítimos del padre o madre, la porción disponible se fija conforme a la legítima mayor que es la de los ascendientes, igual a dos tercios de la herencia, quedando una porción disponible de un tercio. Cuando concurren con el cónyuge del progenitor, ante la falta de norma expresa, se toma la legítima de un medio, pues es la misma para el consorte y para los hijos extramatrimoniales, restando como porción disponible la otra mitad. Estas explicaciones, meramente informativas, se incluyen a los efectos de explicar la modificación incorporada por el artículo 14.367 en su artículo 8: cuando concu-

rren con hijos legítimos e hijos extramatrimoniales, no se toma la legítima mayor, que es la de aquéllos, sino que esta norma establece una porción disponible de un décimo, menor que la que el padre tiene si sólo concurren hijos legítimos, pues entonces es de un quinto.

La ley 14.367 también modifica el Código Civil en cuanto a la porción hereditaria de los hijos extramatrimoniales cuando concurren con hijos legítimos. El artículo 3579 del Código fijó la de cada hijo extramatrimonial en la cuarta parte de lo que recibía cada hijo legítimo. El artículo 8 de la ley dispone que cada hijo extramatrimonial reciba la mitad de lo que recibe cada hijo legítimo.

Los detalles de las restantes porciones hereditarias adjudicadas a los hijos extramatrimoniales exceden los límites de estas referencias. Se menciona solamente que están llamados a compartir la herencia del padre o madre: con los descendientes legítimos; con éstos y el cónyuge; con el cónyuge; con el cónyuge y los ascendientes legítimos; con los ascendientes legítimos; que, a falta de descendientes legítimos, ascendientes legítimos y cónyuge, son los únicos destinatarios de la herencia excluyendo a los padres naturales y a los colaterales del causante.