

CAPITULO I – FILIACIÓN, NEXO BIOLÓGICO Y NEXO JURÍDICO

1. La filiación	13
2. Filiación, hecho biológico y efectos jurídicos	13
3. Invariabilidad del hecho biológico, variantes posibles en el nexo jurídico y en la relación entre ambos	14
4. Características generales de la legislación sobre la filiación en el derecho positivo contemporáneo	18

PRIMERA PARTE

UNIDAD DE LA FILIACION

**EL PRINCIPIO Y SU CONSAGRACION A NIVEL
INTERNACIONAL Y EN LA LEGISLACION
EXTRANJERA**

Capítulo I

FILIACION, NEXO BIOLÓGICO Y NEXO JURÍDICO

1. La filiación

La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél. Tradicionalmente se la conceptúa como el “vínculo jurídico” o el “lazo de parentesco” (el parentesco es una situación jurídica) que une al padre con el hijo ⁽¹⁾. Su definición como integrante del estado, atributo de la persona física, es sugerida por Puig Peña. Para este autor, la filiación es “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero” ⁽²⁾.

2. Filiación, hecho biológico y efectos jurídicos

La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del

(1) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *La filiación*, Buenos Aires, 1976, Cap. I.

(2) Cit. en *idem*, loc. cit., Nº 4.

hecho biológico, ya primordial dado que marca el comienzo de la existencia de la persona. La determinación legal de los mentados efectos jurídicos obedece a inexcusables exigencias de orden social que reclaman la regulación por el Derecho Positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias pues nacen y reposan en el Derecho Natural.

3. Invariabilidad del hecho biológico, variantes posibles en el nexo jurídico y en la relación entre ambos

El hecho biológico de la generación es siempre el mismo, cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. El contenido del nexo jurídico ofrece variantes históricas y en la legislación actual, que precisamente han tomado en consideración, según particulares valoraciones e influencias circunstanciales, la distinción entre hijos concebidos o nacidos de padres unidos en matrimonio e hijos concebidos o nacidos de padres no casados entre sí, incluso admitiendo sub-distinciones según que existiera o no obstáculo a la celebración del matrimonio y la especie de éste (vínculo matrimonial, parentesco). La efectividad del complejo jurídico puede resultar inexistente cuando es imposible establecer la identidad del sujeto o sujetos correlativos al hijo, situación relativamente frecuente. A su vez, efectos típicos de la filiación han sido atribuidos al margen del nexo biológico mediante la institución de la adopción, que no es, por lo tanto, auténtica filiación.

La filiación legítima se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que lo rodean a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. Sus antecedentes se confunden e integran con los del connubio y cubren casi íntegramente la evolución del Derecho de Familia. Por el contrario, los antecedentes de la filiación extramatrimonial revisten caracteres propios.

La literatura y algunos antecedentes jurídicos griegos ponen en evidencia la privación de derechos que afectaba a los hijos no matrimoniales. Borda recuerda, por ejemplo, que las atenienses hijas naturales no podían casarse con ciudadanos (3).

En los primeros tiempos de Roma no puede distinguirse entre los hijos por causa del matrimonio o no matrimonio de sus padres, pues en el período pagano sólo existía el parentesco civil o agnación, que se basaba 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 careció de sentido (4). 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 *liberi 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 podrían 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 desfavor con que se los trataba antes de la codificación fue mitigado durante su imperio hasta verse convertidos 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” (5).

En el derecho germánico primitivo el hijo natural recibió un

(3) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 7ª ed., Buenos Aires, 1984, T. II, Nº 604.

(4) GATTI, Hugo E., *Reconocimiento de hijos naturales*, Montevideo, 1953, Nº 2.

(5) CAFFERATA, José Ignacio, *La filiación natural*, Córdoba, 1952, Cap. I, Nº 34.

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, aun los adulterinos e incestuosos, quedaron asimilados a los naturales pudiendo reclamar alimentos.

El cristianismo influyó enormemente para 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 debe prever con miras al Bien Común ⁽⁶⁾. En particular, la Iglesia Católica admitió a los hijos naturales a la investigación de la paternidad, a la legitimación, puso de relieve los deberes morales paternos reconociendo el derecho de todos los hijos de ser sustentados, cualquiera fuera su origen. A pesar de la influencia del cristianismo, la situación de los hijos fuera del matrimonio 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. Pareció entenderse que como la relación de filiación comporta derechos y obligaciones, esos derechos y obligaciones sólo podían tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre. Como resultado de este razonamiento se arribó a la prohibición de investigar la filia-

(6) IRIBARNE, Ramón, *La filiación legítima e ilegítima*, en L. L. 120, 1012, I.

ción pero, en concesión a la tradición sólo se vedó la investigación de la paternidad y no la de la maternidad (7).

En el derecho histórico español, 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*, 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 con 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 padres de hijos 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 (8).

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

En el transcurso del presente siglo, especialmente de estos segundos cincuenta años, un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, se ha definido en prácticamente todas las naciones del mundo, eliminándose en gran medida la diferenciación resultante de la situación legal de los progenitores. La reforma se concretó generalmente mediante progresivas etapas. Se expondrán las grandes lí-

(7) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, trad. de García Daireaux, Buenos Aires, 1963, T. III, Nº 1757.

(8) Ver sobre antecedentes históricos de la filiación ilegítima: CAFFERATA, *op. cit.*, Cap. I a IV; GATTI, *op. cit.*, Introducción; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, Cap. I. El senador Brasco se refirió a dichos antecedentes en su exposición en el Senado de la Nación (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 25ª reunión, 16ª sesión ordinaria, setiembre 26 de 1984, p. 2233 y ss.).

neas de ese derecho vigente y detalles de algunas legislaciones determinadas, como indicadores de las concepciones actuales sobre la filiación, especialmente porque proporcionan elementos útiles para el análisis comparativo con las normas del ordenamiento jurídico argentino.

4. Características generales de la legislación sobre la filiación en el derecho positivo contemporáneo

El derecho de familia contemporáneo registra tres núcleos alrededor de los cuales se han estructurado las reformas que lo distinguen del vigente en el siglo pasado. Ellos son la igualdad jurídica de los cónyuges, la aproximación hasta casi la equiparación en el *status* jurídico de todos los hijos y la aplicación de aquella igualdad en el ejercicio de la autoridad de los progenitores y la atención de la descendencia (?). El movimiento innovador ha sido universal y relativamente coincidente en los resultados, aunque tal vez obedeciendo a factores sociológicos e ideológicos diferentes.

La reforma de la patria potestad y la de la filiación se han preparado con prolijidad extrema. No se trata de improvisaciones. La tarea llevada a cabo por el Ministerio de Justicia francés para la preparación de la ley de 1972 constituye un interesante ejemplo de este esfuerzo verdaderamente científico (10). De la suiza, escribe Flatet que fue preparada *soigneusement et de longue main* (11).

(?) "En verdad, la renovación del derecho de la filiación se articula alrededor de tres polos esenciales: la atenuación (aun la supresión) de la distinción entre filiación legítima e ilegítima y el mejoramiento de la condición jurídica del hijo natural; la aplicación del principio de la igualdad de los sexos en el ejercicio de la patria potestad; la puesta en valor de la voluntad y del bien del hijo en la toma de decisiones que le conciernen": DUTOIT, Bernard, *L'évolution récente du droit de la filiation en France, en République Fédérale d'Allemagne, en Autriche et en Italie*, en *Familienrecht im wandel*, trabajos en homenaje a Hans Hinderling, Basilea, 1976, p. 1.

(10) *La filiation illégitime en Droit Comparé*, París, s/f, versión mimeografiada.

(11) FLATET, Guy, *Le nouveau droit suisse de la filiation*, en *Revue Internationale de Droit Compare*, 1977, p. 675.

El ideal perseguido ha sido siempre el de la total igualdad de las filiaciones. Como se verá más adelante, distintos factores determinan la imposibilidad fáctica y jurídica de una igualdad sin matices, de un borrar absolutamente la categoría de hijos fuera del matrimonio. La igualdad es posible teóricamente para los derechos de los hijos, patrimoniales o no, pero aun en esto las situaciones concretas de hecho pueden determinar diferencias en los casos particulares. En una consideración general del derecho extranjero pueden detectarse legislaciones más acentuadas en las propuestas igualitarias (Cuba, por ejemplo) o menos decididas en tal sentido (Francia, Italia).

Es notable la influencia recíproca de las instituciones, llegando las modificaciones en el régimen de la filiación hasta proyectarse sobre figuras de Derecho Público, por ejemplo, la nacionalidad en los países que siguen el sistema del *ius sanguinis*.