

CAPITULO II — LA UNIDAD DE LA FILIACIÓN Y SU PROYECCIÓN LEGAL

5. La unidad de la filiación	21
6. La igualdad humana	21
7. Factores coadyuvantes en la evolución reformista de la filiación ..	23
8. Obstáculos a la proyección jurídico-fáctica de la unidad de la filiación	26
9. Los obstáculos de hecho	26
10. Los obstáculos de política legislativa	28
11. Filiación y derecho natural	31
12. Unidad de la filiación, protección de la familia matrimonial y B'en Común	32
13. Unidad de la filiación y circunstancias actuales	34
14. Compatibilización de criterios	35

Capítulo II

LA UNIDAD DE LA FILIACION Y SU PROYECCION LEGAL

5. La unidad de la filiación

El subrayar la unidad de la filiación expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas y, por lo tanto, el legislador y el jurista.

Es innecesario fundar que todos los hombres comienzan su existencia en una sola y única forma, fruto de la relación sexual. Toda filiación auténticamente tal, o sea, biológica, es *natural*.

6. La igualdad humana

Es verdad también la igualdad intrínseca de todos los hombres expuesta, entre otros, con las magníficas páginas de Maritain: "Decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo más que una parte, y más independiente que siervo. Es ese misterio de nuestra naturaleza que el pensamiento religioso designa diciendo que la persona humana es la imagen de Dios. El valor de la persona, su libertad, sus derechos, derivan del orden de las cosas naturalmente sagradas que llevan la impronta del Padre de los seres y que tienen en El el término de su mo-

vimiento. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en una relación directa con el absoluto, en la cual sólo ella puede encontrar su pleno desenvolvimiento; su patria espiritual, es todo el universo de bienes que tienen valor absoluto y que reflejan de alguna manera un Absoluto superior al mundo, y que atraen a El". Y es para esta persona que rehúsa calificativos distintivos, de quien se predicán los derechos del hombre: "En definitiva, los derechos fundamentales como el derecho a la existencia y a la vida, el derecho a la libertad personal o derecho de conducir su vida como dueño de sí mismo y de sus actos, responsable de éstos ante Dios y ante la ley de la ciudad --el derecho a perseguir la perfección de la vida humana, moral y racional--, el derecho a la persecución del bien eterno (sin el cual no hay verdadera persecución de la felicidad) --el derecho a la integridad corporal, el derecho a la propiedad de los bienes materiales, que es una salvaguarda de las libertades de la persona, el derecho a contraer matrimonio conforme a su elección, y de fundar una familia ella también asegurada en las libertades que le son propias, el derecho de asociación, el respeto de la dignidad humana de cada uno, represente o no un valor económico para la sociedad--, todos estos derechos están enraizados en la vocación de la persona, agente espiritual y libre, en orden a los valores absolutos y a un destino superior al tiempo" (12).

En la Encíclica *Pacem in Terris*, el Papa Juan XXIII destacó, como fundamento de la convivencia humana bien ordenada y provechosa, el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y libre albedrío, y que, en consecuencia, todo hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza (13).

(12) MARITAIN, Jacques, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, París, 1947, p. 10 y 81/82.

(13) *Pacem in Terris*, versión castellana, Buenos Aires, 1963, p. 516.

La Iglesia Católica ha proclamado, asimismo, en la Constitución Apostólica *Gaudem et Spes* del Concilio Vaticano II que cualquier “discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de... condición social... debe ser vencida y eliminada por ser contraria al plan divino” (14). En el documento de Puebla se lee, en contra de “la idea errónea de que los hombres no son fundamentalmente iguales” que “semejante diferencia articula en las relaciones humanas muchas discriminaciones y marginaciones incompatibles con la dignidad del hombre” y se insiste en que los hombres son “fundamentalmente iguales y miembros de la misma estirpe” (15).

7. Factores coadyuvantes en la evolución reformista de la filiación

La igualdad intrínseca de los seres humanos se confirma con el proceso natural de la iniciación de su vida. He aquí la raíz esencial de la unidad de la filiación, el elemento conceptual básico. Pero es preciso mencionar un conjunto de factores que han contribuido a la recepción del principio en el derecho positivo contemporáneo, concretándolo en disposiciones no sólo programáticas sino reguladoras. Como observa Savatier acertadamente en su informe a las Primeras Jornadas Jean Dabin, la consideración de la persona del hijo extramatrimonial está ligada a las ideologías de la época y el medio social para el cual se legisla, constatando lo que es una característica típica del Derecho de Familia, tan singularmente sujeto a la realidad del tiempo y lugar a que se destina.

Según Savatier, los datos que ofrece el desenvolvimiento de la sociedad en el último siglo y que han contribuido a la equiparación de las filiaciones son la declinación de la familia patriarcal

(14) *Gaudem et Spes*, 1965, nota 29.

(15) III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, *La evangelización en el presente y en el futuro de América Latina. Documento de Puebla*, Buenos Aires, 1979, Nº 309 y 334.

(*le ménage l'emporte sur le lignage*), el decaimiento del patrimonio familiar y el cambio de actitud hacia el hijo. Con respecto a la primera observación, es exacto que la familia legítima se reduce cada vez más al núcleo padres-hijos, es más frágil, más débil, más proclive a quebrarse con el divorcio, y que esta misma inestabilidad del hogar legítimo y su creciente autonomía con respecto a ascendientes y colaterales reducen la distancia que lo separaba antes de la pareja no constituida y su descendencia. Se trata de un hecho lamentable aunque haya ayudado a un resultado valioso como el que se está analizando, sobre todo teniendo en cuenta que la disociación de la familia legítima disminuye para todos los hijos las posibilidades de disfrutar del ámbito indispensable para su desarrollo integral. Pero, felizmente, y el mismo autor lo señala, "la declinación de la institución familiar se acompaña paradójicamente de una revalorización del matrimonio porque siendo éste concebido como una realización lograda del amor, ya no se busca la unión libre para realizar el derecho al amor".

En cuanto al decaimiento del patrimonio familiar, explica Savatier que "este patrimonio transmitido de generación en generación, constituía antes el cimiento económico indispensable al grupo familiar para proteger y hacer vivir a sus miembros. En una civilización de trabajo, los ingresos principales de los hogares no están ligados a la propiedad, sino a la profesión ejercida por los cónyuges. De ahí que la familia no sigue teniendo necesidad de protegerse con tanto cuidado contra los bastardos que pretendieran obtener una parte de ese patrimonio. El conflicto entre los hijos naturales y la familia legítima ha perdido aspereza". La observación es válida aunque no generalizable, pues no se adecua por igual a todas las comunidades políticas donde se ha experimentado la evolución del régimen de la filiación.

Por fin, se señala que "el interés hacia el hijo, la importancia conferida a su educación, el desenvolvimiento de lazos afectivos más cálidos y menos jerárquicos entre padres e hijos, son rasgos

de nuestro tiempo” en que el hijo es “deseado a menudo por él mismo y por la alegría que sus padres tendrán en criarlo y educarlo, y no como heredero de un patrimonio y continuador de una raza”, actitud que si bien no excluye la voluntad de limitar el número de nacimientos tiende a mejorar la condición del hijo no matrimonial (16).

A estas consideraciones de carácter sociológico deben agregarse las emergentes del progreso de la biología, que ha destacado la dependencia de la filiación con respecto al hecho biológico al facilitar las pruebas del nexo físico. Se ha acentuado, entonces, la preocupación por aceptar todas las consecuencias de la paternidad o maternidad biológicas (17) en una concepción más realista de la institución.

En síntesis, el movimiento reformista de la filiación se ha desenvuelto en virtud de un factor decisivo, la igualdad intrínseca de los hombres, traducido en múltiples manifestaciones de la vida social, y de un factor instrumental que simplifica la demostración de la relación originaria paterno-materno-filial. Colombet y sus colaboradores afirman, al iniciar el estudio de la ley francesa de 1972, que es razonable apoyarse sobre esos dos pilares fundamentales: la igualdad de derechos sin distinción de filiaciones y la verdad del lazo jurídico de la filiación (18).

(16) SAVATIER, René, su informe a las Primeras Jornadas de Estudios Jean Dabin sobre *La familia ilegítima en un proceso de humanización del derecho frente al hecho social del abandono o exposición* (versión castellana), Madrid, 1967.

(17) Entre otros: RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La filiación*, en *La reforma del Derecho de Familia del Código Civil español*, Madrid, s/f, p. 101/102; FLATET, *op. cit.*, p. 676.

(18) COLOMBET, Claude; FOYER, Jacques; HUET-WEILLER, Daniele y LABRUSSE-RIOU, Catherine, *La filiation légitime et naturelle*, París, 1977, N° 5 (en adelante se mencionará sólo al autor citado en primer término).

8. Obstáculos a la proyección jurídico-fáctica de la unidad de la filiación

Teóricamente, los fundamentos enunciados exigen que la proyección legal de la unidad de la filiación comporte un tratamiento absolutamente el mismo para todo hijo cualquiera haya sido la situación de sus progenitores al momento de su concepción. No obstante, esta igualdad total tropieza con obstáculos de hecho que pueden imponerse a la pretendida más absoluta equiparación consagrada en los textos legales y con otros de política legislativa que, conforme a las valoraciones del legislador, pueden conducir al establecimiento de diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y aun de categorías entre estos últimos, lo que no ha desaparecido sin excepciones en el derecho contemporáneo.

9. Los obstáculos de hecho

Así como la equiparación se basa fundamentalmente en un hecho, el hecho biológico de la generación que es idéntico en todos los supuestos imaginables, también la imposibilidad de una igualdad legal absoluta, sin matices, resulta de un hecho, esta vez, humano-social. Es obvio que la situación de los progenitores admite variantes y que estas variantes repercuten sobre el hijo. En un esfuerzo simplificador, cabe distinguir las siguientes: el hijo nacido de una unión con visos de permanencia y exteriorizaciones, en la relación de pareja y ante los terceros, semejantes a las propias del matrimonio (sin mengua de su trascendental diferencia con el vínculo legalmente constituido ya que no existe compromiso alguno entre los miembros de la pareja y puede ponerse fin a la relación en cualquier momento, incluso por voluntad unilateral y sin fundamentos); el hijo fruto de una relación de pareja más o menos esporádica o accidental pero con la posibilidad de determinar la identidad de uno y otro progenitor; el hijo que encuentra reducida dicha posibilidad a uno solo de ellos, generalmente la

madre; el hijo que se encuentra privado, por las circunstancias, de determinar la identidad de ambos progenitores. Además, las pruebas provistas por las ciencias biológicas tienen todavía un valor relativo, pueden ser destruidas por otras de la misma naturaleza y no aseguran que sus resultados establezcan certeramente la filiación, de manera que es posible que la demostración del vínculo resulte imposible aun conociéndose la identidad del progenitor.

En la situación más extrema sobresale la diferencia: el que no tiene cómo demostrar quién es su padre o, más sencillamente aun, ignora insuperablemente quién lo es, no podrá encontrarse nunca en la misma situación jurídica del hijo cuyos progenitores, por estar unidos en matrimonio, son identificados por la constancia instrumental de éste y la del nacimiento que, en todos los sistemas legales, abren juego a un sistema de presunciones. En la Exposición de Motivos de la ley reformadora española se expresó textualmente: "No puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación" (19).

Es frecuente también que el hijo no matrimonial conviva con su padre y madre pero se halle privado de trato con sus abuelos y tíos. Es decir, que goce de hecho del *status filii* pero no del *status familiae*. Hay un denominador común para muchos de estos supuestos: "La condición del hijo natural está dominada por un dato de hecho que el derecho no podría desconocer: ese hijo no nace en una familia organizada para acogerlo y educarlo". "Para él, sus padres no han preparado de antemano ninguna cuna. No han contraído entre ellos ninguna de las obligaciones voluntarias sobre las cuales reposa la suerte del hijo legítimo" (20). Quedan comprendidos en estas observaciones tanto los hijos habidos en uniones de concubinos como de quienes no llevan vida en común, aunque es

(19) RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 104.

(20) SAVATIER, *op. cit.*

más evidente en los últimos. En particular es el caso de los hijos de "madre soltera" que carecen de vinculación con el padre. Por el contrario, en determinados ambientes de nuestro país, los grupos de parientes extramatrimoniales registran cohesión y solidaridad por ser más fruto de carencias culturales y económicas que de desviaciones morales. Por fin, no cabe afirmar que la incorporación del divorcio vincular a la legislación constituya una forma de resolver el problema al conferirse el *status* de hijo legítimo a los nacidos en los sucesivos matrimonios de sus padres: la inestabilidad del vínculo (que alguien calificó de "vínculo volátil") puede inducir a no contraerlo aumentando así el número de hijos extramatrimoniales, como lo demuestra la experiencia de países de amplia legislación divorcista.

10. Los obstáculos de política legislativa

El Derecho Positivo responde a una exigencia del hombre en su vida de relación y tiende a lograr el Bien Común a través de la Justicia, en un lugar y momento dados. Dotar a *esta* sociedad concreta de *este* tiempo y *este* territorio del preciso ordenamiento, apela a la puesta en ejercicio de un auténtico arte: la política jurídica que trabaja sobre la realidad social que le es contemporánea empleando los resultados de la reflexión sobre un ideal, la justicia. Por lo tanto, cuenta con un elemento captable por los sentidos, objeto de ciencia, y con otro que se ubica en el campo del pensamiento en profundidad. De ellos, la justicia es el factor de indiscutible mayor jerarquía, la concausa decisiva. Roubier caracteriza a la política jurídica como la encargada de señalar cuál debe ser el contenido ideal de una regla de derecho, cuáles son las exigencias de un orden social orientado hacia la justicia. "La política jurídica, es decir, la cuestión de saber cuál es el mejor contenido de una regla de derecho, postula un juicio de valor, y así supone un ideal que sirve de punto de comparación, y este ideal es la

justicia... Si, por lo tanto, nos limitáramos, para establecer las reglas de derecho, a registrar los resultados de la experiencia de la vida en sociedad, no elevaríamos el Derecho a la altura suficiente para una regla de vida... No es lo normal, es decir, lo que es más usual, lo que puede servir de base, sino lo que es *normativo*, esto es, lo que merece transformarse en regla" (21).

Para guiarse en la captación del ideal de justicia, el legislador cuenta con el Derecho Natural, que señala la orientación y marca el límite del Derecho Positivo (22). El esfuerzo por conseguir la fórmula que mejor realice la justicia, aquí y ahora, es difícil y doloroso, nada exento del riesgo de error. En el mejor de los casos, en materia de justicia, toda realización es siempre aproximativa, carece del sello de lo definitivo. A su vez, con tal ineludible carga de relatividad, la norma jurídica debe servir al Bien Común, que es el de todos y de cada uno, no distinto del bien personal de cada ciudadano sino conjugado en armonía con

(21) ROUBIER, Paul, *Théorie Générale du Droit*, París, 1946, Cap. II, p. 158/159.

(22) "...con palabras de Santo Tomás: 'Lo justo natural es lo que tiene en todas partes el mismo poder y fuerza para inducir al bien y apartar del mal; lo cual sucede, porque la naturaleza, que es causa de este derecho, es la misma en todos los hombres y en todas partes'. Hay que insistir en la nota de natural, o fundado en la naturaleza, que caracteriza a este derecho, lo que nos lleva a señalar en él las siguientes notas esenciales. 1º) Que sea algo intrínseco y esencial, es decir, constitutivo y necesario; no algo externo o adjetivo, meramente consecutivo y contingente, y así es de derecho natural lo intrínseco y esencialmente bueno y justo. 2º) Que sea dado al mismo tiempo que la naturaleza, como consecuencia necesaria de la misma; no adquirido por el esfuerzo de la razón, que extrae ciertas consecuencias a partir de los primeros principios; y así son de derecho natural solamente los primeros principios prácticos, que son inmediatamente conocidos. 3º) Que su conocimiento sea común a todos los hombres desde el comienzo de su vida racional, de modo que todos ellos conozcan su verdad o su valor, sin equivocación posible; no como ocurre con las conclusiones extraídas de los primeros principios prácticos, que pueden ser ignoradas, o podemos equivocarnos acerca de ellas. 4º) Que dichos principios prácticos expresen los fines primarios de la naturaleza humana o las inclinaciones naturales y fundamentales del hombre; no los fines secundarios o las inclinaciones derivadas": GARCÍA LÓPEZ, Jesús, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona, 1979, II, p. 59/60.

el de sus semejantes. No es imaginable la oposición entre el Bien Común y el bien particular porque “el Bien Común consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de la propia persona” (23). Por lo tanto, se impone aun cuando aparentemente la preponderancia del Bien Común dañe un interés individual. Si conforta saber que se trata de asegurar a todos el ámbito necesario para el desarrollo en plenitud, la mera referencia a hipótesis de aparente colisión, subraya lo delicado del equilibrio en que juegan los factores inspiradores de la norma jurídica y por qué resultan susceptibles de posibles, y debidas, rectificaciones, cuando el único factor mutable, la realidad histórica, experimente un cambio, o cuando se alcanza una fórmula superior a la vigente, más exacta y realizable, para la obtención del mismo fin. Dabin invoca a Santo Tomás en la ilustración de dos afirmaciones: “en el descubrimiento de disposiciones útiles a la comunidad, la razón puede progresar”, “las exigencias del Bien Común son cambiantes en el espacio y en el tiempo” (24).

Tratándose de la unidad de la filiación, la tensión se expresa en términos de acatamiento de la igualdad intrínseca de todos los hombres y de la necesidad de un ordenamiento jurídico de la vida de pareja y de su descendencia que asegure a todos los miembros del grupo las mejores condiciones para su desenvolvimiento personal en plenitud. Dados los factores que constituyen y orientan la política jurídica, hay que considerar el fin buscado (el Bien Común), el medio a su servicio (la justicia ilustrada por el Derecho Natural) y la realidad social.

(23) *Pacem in Terris cit.*, primera parte, p. 25, transcribiendo un concepto formulado en *Mater et Magistra*.

(24) Ver DABIN, Jean, *Teoría general del Derecho*, versión castellana, Madrid, 1955, p. 299, nota 236 y p. 300, nota 240.

II. Filiación y Derecho Natural

La procreación dentro del matrimonio es conforme al Derecho Natural y no lo es la que acaece fuera de él.

“En todos los animales y en el hombre también, escribe García López, existe una inclinación natural a los actos necesarios para la propagación de la especie. Pero se trata de una inclinación genérica que se concreta en cada especie de animales de distintas maneras... Por eso nada tiene de extraño que el hombre tenga una especial manera de reproducirse, manera que viene determinada tanto por la inclinación natural genérica en cuanto que el hombre es también animal, como por la inclinación natural específica en cuanto que el hombre supera a todos los animales por la razón. Esta manera determinada que la naturaleza y la razón, actuando de consuno, han establecido para la generación humana es el matrimonio. El matrimonio es, pues, de derecho natural, y existe en consecuencia un derecho natural de todo hombre al matrimonio⁽²⁵⁾.”

Son muy conocidos los textos de Santo Tomás al respecto: “En todos los animales en los cuales se requiere el cuidado del macho y la hembra para la crianza de la prole, podemos ver que el apareamiento no es indiscriminado, sino que el macho lo realiza con una hembra determinada, como ocurre en las aves. Por el contrario en los animales en los cuales se basta la hembra para la crianza de la prole, vemos que el apareamiento es indiscriminado y ocasional. Ahora bien, es manifiesto que para la crianza y educación del hombre no se requiere sólo el cuidado de la madre, de la cual se nutre, sino mucho más el cuidado del padre, por el cual es instruido, defendido y promovido tanto en los bienes exteriores como en los interiores. Por tanto, es contrario a la naturaleza del hombre el que el apareamiento sea indiscriminado y ocasional, sino que es necesario que se realice por un macho con una determinada hembra, y no por poco tiempo, sino por mucho, o incluso por toda

(25) GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, V, p. 137.

la vida. Y también es natural a los machos de la especie humana la solicitud por la certeza de su prole, pues están inclinados a educarla. Pero esta certeza desaparecería si el apareamiento fuese indiscriminado. Pues bien, esta unión determinada de un varón y una mujer es lo que se llama matrimonio. Y por eso se dice que es de derecho natural. Y como el matrimonio se ordena al bien común de todo el género humano, y los bienes comunes están regulados por la ley, síguese que esta unión del varón y la mujer, que se llama matrimonio, está regulada por la ley". Enseña también Santo Tomás que "la naturaleza no sólo inclina a la generación de la prole, sino a la conducción y promoción de ella al estado perfecto del hombre en cuanto hombre, que es el estado de virtud. Pero el hijo no podría ser educado e instruido por sus padres, si no constara, de manera determinada y clara, quiénes son sus padres. Y esto sólo es posible por la unión de un varón con una mujer que constituye el matrimonio". Y, en otro texto: "...en el hombre, cuyos hijos necesitan del cuidado de los padres durante mucho tiempo, se da la unión más determinada y permanente del macho y de la hembra, a la cual está inclinado el hombre por su misma naturaleza genérica" (26).

12. Unidad de filiación, protección de la familia matrimonial y Bien Común

Siendo el matrimonio de derecho natural e igualmente de derecho natural la procreación dentro de éste, y dependiendo la realización de los cónyuges y la de sus hijos de la institución matrimonial, es obvio que la familia matrimonial hace al Bien Común y que es deber del estado propiciarla y protegerla (27). La distinción de efectos entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial se apoya en la voluntad de la ley de defender la familia

(26) Ver estos y otros textos en el estudio recién cit., *loc. cit.*

(27) Ver sobre este aspecto: FUENMAYOR, Amadeo de, *En defensa de los hijos ilegítimos*, en *Nuestro tiempo*, Nº 250, Pamplona, 1975.

legítima (28), fundada en el matrimonio monogámico e indisoluble (29), y que asegura la complementación masculina y femenina y la estabilidad necesaria para el perfeccionamiento profundo de la vida, por lo que con ella se satisfacen las exigencias de la justicia (30). Para Ciuro Caldani, "La relación entre legitimidad de origen y de ejercicio ha sido motivo de serias discrepancias y nosotros entendemos que en principio debe privar la segunda, pero esto sólo es así «en principio», pues en cuanto a la vinculación de la pareja (no sólo por el carácter sacramental del matrimonio sino por las razones de estabilidad familiar antes apuntadas) el ligamen legítimo por su origen debe tener siempre primacía sobre la simple convivencia. Consecuentemente con esta superioridad no compensable de la unión matrimonial y de la familia inserta en ella la filiación respectiva puede alcanzar una legitimidad por origen y por ejercicio superior a cualquier otra, de modo que debe tener siempre un régimen básicamente más beneficioso que los tratamientos dados a las filiaciones no matrimoniales: como punto de partida, la planificación social de la familia matrimonial y la dominación normativa de la filiación por el matrimonio son justas" (31).

Es de destacar (y se lo hará en el transcurso de la presente obra) que el reconocimiento de la intrínseca igualdad humana va siempre acompañado de la valoración de la familia legítimamente constituida como indispensable para el bien personal y el Bien Común. Lo ponen en evidencia los documentos internacionales, las constituciones políticas y el mismo derecho positivo interno llamado a concretarlos. Junto a la protección de la dignidad del hombre,

(28) BARBERO, Omar U., *Derechos sucesorios de hijos extramatrimoniales (estudio de lege ferenda)*, en L. L. 1982-B, 882, VI.

(29) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, con la colaboración de Marta Loredó y Jorge Ricardo Videla, *Derecho de Familia*, t. III, Buenos Aires, 1981, N° 502.

(30) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Meditaciones filosófico-jurídicas acerca de la filiación*, en *Juris* (octubre de 1977), N° 7 (artículo muchas de cuyas consideraciones no compartimos).

(31) Idem.

la proclama la Iglesia Católica en memorables Encíclicas, en las Constituciones del Concilio Vaticano II, en documentos de singular importancia. El Episcopado Argentino señaló en el denominado *Iglesia y Comunidad Nacional* de mayo de 1981, junto a la concepción del hombre quien, en el orden natural, ostenta una dignidad que reside en el hecho de ser persona, que “la Nación que descuida o deteriora la familia, está atentando contra sí misma” (Nº 39 y 71).

13. Unidad de filiación y circunstancias actuales

Cabe interrogarse, finalmente, si los comportamientos individuales y sociales de la presente época histórica reclaman la vigencia plena de la igualdad de las filiaciones, al margen de la valoración que merezcan dichos comportamientos, a la luz de ese bien personal del hijo, expresión individual del Bien Común. En algunos países, por ejemplo en Francia, se realizaron cuidadosas encuestas y sondeos de opinión en la etapa preparatoria de las reformas legislativas. Reconociendo el rigor científico con que fueron practicadas, Colombet y sus colaboradores opinan que su tratamiento sigue siendo delicado porque sus resultados no brindan certidumbres absolutas, porque las ideas o imágenes manifestadas por la opinión pública no son vividas al nivel de situaciones de hecho y porque “de manera más general, no se puede sin filtraciones deducir una norma jurídica, un imperativo, de la observación cuantitativa de hechos en un ámbito en el cual las ideas y valores tienen tanta sino más importancia que los comportamientos reales”. No obstante, arriban a varias conclusiones, entre ellas, que la frecuencia de la ilegitimidad no depende aparentemente de la suerte más o menos favorable que el derecho reserva a los hijos no legítimos ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ COLOMBET, *op. cit.*, Nº 9 y nota 3 de p. 10.

Nota 3, p. 11: “La opinión pública francesa se presentó, en efecto, ampliamente favorable al principio de igualdad de los hijos legítimos y na-

No es exacto, por otra parte, que el hijo extramatrimonial se encuentre fácticamente siempre en una posición inferior o de deterioro en lo que hace a la vida de sus progenitores, comparándolos con los hijos legítimos de las familias destruidas por la muerte de uno de los esposos o por el drama conyugal, especialmente en consideración a los "huérfanos del divorcio".

14. Compatibilización de criterios

Sostener, al mismo tiempo y tal como se ha hecho en los párrafos precedentes, que la igualdad originaria de toda vida humana y la concepción dentro del matrimonio, constituyen postulados de Derecho Natural, plantea una difícil cuestión de política legislativa que debe resolverse de manera que las consecuencias derivadas de uno y otro no entren en conflicto, que la defensa de cualquiera de ellos no vaya en detrimento del otro.

El argumento que apoya la diferencia de las filiaciones en la protección debida de la familia matrimonial, sin mengua de reconocer su importancia decisiva, admite graduaciones en su concreción. Debe rechazarse, en efecto, si consagra una diferencia total en perjuicio del hijo extramatrimonial, vedándole hasta la posibilidad de investigar y determinar su filiación. En el otro extremo, sería aceptable si se limitara a diferencias exclusivamente patrimoniales

tales, la adhesión a este valor de justicia siendo a la vez la causa y la consecuencia de una mayor tolerancia moral y de una actitud más permisiva en materia de relaciones sexuales. Esta evolución de las costumbres y las ideas comportaba por lo tanto, la consagración jurídica de la igualdad pero esta misma opinión pública revelaba los límites a no traspasar, lo que justifica la inferioridad relativa de la condición jurídica del hijo adúltero. La legitimación apareció igualmente como una institución muy viva cuyo mantenimiento deseado por el mayor número, se imponía".

Nota 5, ídem: "El pequeño número de nacimientos ilegítimos, y la importancia numérica de las legitimaciones que afectan a más de la mitad de los hijos naturales, demuestran que la ley no llega más que a una franja restringida de la población, o que, por otra parte, no quita nada a la oportunidad ni al valor del principio de la reforma".

con lo que quedan reducidas éstas a lo sucesorio, puesto que regirían las obligaciones paterno-maternas de guarda, asistencia y educación de los hijos.

Sancho Rebullida se pregunta en qué consiste en realidad, el postulado de derecho natural que rehúsa la discriminación entre los hijos por razón de nacimiento dentro o fuera del matrimonio y que se opone a castigar a los hijos por la culpa de sus progenitores, y responde: “evidentemente en conceder al hijo no matrimonial los mismos derechos públicos, las mismas oportunidades legales que a los matrimoniales: en que no se le cierren las puertas de acceso a cargos, funciones públicas, etc. Y en atribuirles, *respecto de su progenitor*, los mismos derechos civiles —alimentos, legítima, sucesión intestada— que a los hijos matrimoniales. En suma, la equiparación del respectivo *status filii*. Ahora bien, lo que no resulta exigido por el derecho natural es la equiparación en cuanto al *status familiae*. La extramatrimonialidad se predica de la filiación, pero no de otra relación consanguínea o afín. El parentesco se propaga, *a partir de cualquier clase de filiación*, sólo *por vía matrimonial*; es nieto el hijo matrimonial del hijo no matrimonial, pero no, el hijo no matrimonial del hijo, matrimonial o no”⁽³³⁾.

Omar U. Barbero se ha pronunciado decididamente, dentro de la doctrina argentina, por que la protección de la familia legítima que el Estado debe asumir, no exige establecer o mantener diferencias que coloquen en situación de inferioridad a los hijos extramatrimoniales, considerando el caso de sus derechos sucesorios. Sostiene que “siendo injusta la desigualdad, no dejaría de serlo aunque se demostrase que es un medio eficaz para proteger la familia legítima. Según principio indiscutible de moral natural (y lamentablemente poco practicado) el fin bueno no justifica el medio malo para conseguir aquél”. Estima que no cabe tampoco invocar el principio del doble efecto ejemplificado con

(³³) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La batalla jurídica de la familia*, en L. L. 1984-C, 1035, N° 3.

la legítima defensa: la defensa de la vida es una acción buena de la que se sigue la muerte del agresor como efecto malo no querido por el agente, "no se podría decir, análogamente, que la ley sólo busca proteger la familia legítima, siendo la desigualdad entre los hijos un efecto no querido: habría que demostrar que es el único medio para lograr esa protección. Pero ello es indemostrable, pues hay muchísimos otros medios: matrimonio indisoluble, responsabilidad civil de los culpables de las separaciones, diferencias sucesorias entre los padres legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos, educación moral en las escuelas, prohibición de espectáculos y diversiones que conducen al desenfreno de las costumbres, etc." (34). D'Antonio igualmente propicia la "equiparación de los hijos extramatrimoniales a los legítimos, persuadido de que con ello no se atenta contra la familia legítima y que la protección de ésta deviene de una concreta política familiar, que no se verá afectada por la mencionada igualación" (35).

Es fundamental subrayar que estas reflexiones hacen a la igualdad de los hijos, *no a la igualdad de los progenitores* y que no implican el *status familiae* para el hijo no matrimonial y menos aun, la confusión del parentesco apoyado en el matrimonio y el que no reconoce tal origen. Frecuentemente, es la conducta desprejuiciada e irreflexiva de los progenitores fuera del matrimonio, la que proyecta discriminación sobre su descendencia, pues en la mayoría de los casos las intenciones del legislador se ven frustradas y la igualdad queda reducida a los aspectos públicos y oficiales y a los privados patrimoniales (alimentos y vocación hereditaria) puesto que es imposible superar la diferencia en la determinación de las filiaciones, en los atributos (nombre del hijo), en la convivencia con el o los progenitores, en el ejercicio de la patria potestad. En cuanto al llamamiento hereditario, más allá de ascendientes-hijo, las características de la sucesión no forzosa abren paso a su inoperancia.

(34) BARBERO, *op. cit.*, IX.

(35) D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, Buenos Aires, 1973, p. 95.

Marty y Raynaud señalan que la ley francesa de 1972 ha sido criticada: tanto por los que le reprochen atentar contra la única familia verdadera, la legítima, como por aquellos que le reprochan perseguir una igualdad ilusoria sin lograrla ⁽³⁶⁾.

Debe admitirse que la unidad de las filiaciones comporta un grave riesgo para la familia matrimonial al prescindir de ella para fijar el *status* del hijo, si produce la equiparación de las paternidades y de las maternidades y la confusión del parentesco matrimonial y el extramatrimonial. Es preciso compensarlo apelando con decisión a desenvolver todas las energías públicas y privadas al servicio del amparo y promoción del matrimonio y de la familia constituida legalmente, manteniendo la indisolubilidad del vínculo conyugal, rodeándola de garantías morales y materiales, desalentando las uniones fuera del matrimonio.

(³⁶) MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, 3ª ed., *Les Personnes*, París, 1976, Nº 430 y sus referencias.