

*Investigación judicial post mortem de  
la paternidad natural  
antes y después de la ley de fe de erratas del Código  
Civil (1882). Aproximación a su estudio integral*

ABELARDO LEVAGGI<sup>1</sup>

*Resumen*

*La posibilidad de la investigación post mortem de la paternidad natural fue uno de los temas más discutidos en el siglo XIX. También en la Argentina. Vélez Sarsfield adoptó en el Código Civil una posición amplia a favor de los hijos naturales, pero alguna oscuridad del artículo respectivo hizo que la doctrina y la jurisprudencia se dividieran en su interpretación. Mediante la reforma del artículo se pensó en aclararlo, pero la nueva redacción no se limitó a eso sino que fue más allá de ese propósito, reduciendo el derecho de los hijos a alcanzar su reconocimiento.*

<sup>1</sup> CONICET - USAL.

*Palabras clave*

paternidad natural - investigación *post mortem* - derecho francés - Código Civil argentino - ley de fe de erratas - doctrina - jurisprudencia

*Abstract*

*The possibility of the post mortem research on natural parenthood was one of the most debated issues in the 19th century. Furthermore, in Argentina, Vélez Sarsfield adopted a broad position in favor the natural children in the Civil Code, but some unclarity regarding the respective article led to a split in the interpretation of the doctrine and the jurisprudence. It was thought to clarify this by reforming the article, but the new wording did not stop there but rather it went beyond this, reducing the rights of children to achieve their recognition.*

*Key Words*

natural paternity - *Post mortem* investigation - french law - Argentine Civil Code - Table of *errata law* - doctrine - jurisprudence

*1. Introducción*

Helmut Coing sitúa el estatuto jurídico de los hijos extramatrimoniales entre los principales problemas planteados en el siglo XIX, en el marco de la oposición entre las concepciones éticas de los conservadores y los liberales<sup>2</sup>. Tanto en Europa como en América se debatió, en la época de la codificación, la posibilidad de investigar judicialmente la paternidad natural en el caso de que el padre no hubiera reconocido expresamente al hijo y, en especial, la posibilidad de hacerlo después de la muerte del padre. En ese caso, la cuestión fue cuáles habían de ser las pruebas idóneas para demostrar el vínculo, si la sola de la posesión de estado o, además, otras probanzas, y por cuáles medios,

2 HELMUT COING, *Derecho privado europeo*. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, 2 vols, II, p. 125.

si sólo los documentales o también otros. Esto sucedió cuando no se contaba aún con el método del ADN, cuyo descubrimiento cambió por completo los términos del problema.

En la Argentina se dividieron las opiniones entre quienes anteponían el interés del padre natural o de sus herederos legítimos al del hijo bastardo, y en consecuencia le negaban o restringían el derecho de accionar en demanda de su reconocimiento, y quienes anteponían el derecho de éste, aun muerto el padre, con mayores o menores posibilidades probatorias. La división se puso también de manifiesto en la interpretación del Código Civil y en oportunidad de discutirse el proyecto de ley de fe de erratas.

Como se dijo en 1879, la cuestión “es en sí muy importante, ha sido hasta hoy y aún seguirá siendo materia de controversia y discusiones tanto judiciales como extrajudiciales; compromete derechos sociales de la mayor trascendencia”<sup>3</sup>. La sanción del Código Napoleón y su adopción o influencia fuera de Francia fueron el punto de partida y la referencia obligada del debate.

En la Argentina el tema únicamente fue abordado desde el punto de vista iushistoriográfico por Jorge Cabral Texo en 1919, entre las fuentes nacionales del Código Civil, centrado en la ley de fe de erratas de 1882. Es un antecedente valioso pero limitado, que dejó ancho campo para una investigación más exhaustiva.

Con tal objetivo, comienzo por contextualizar la cuestión, exponiendo su desarrollo en el derecho francés y en los derechos castellano-indiano y patrio antes del Código Civil. Sigo con la definición del pensamiento de Vélez Sarsfield y la interpretación que hicieron del Código la doctrina y la jurisprudencia, con detenimiento en las tesis doctorales presentadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Por último, analizo la discusión y sanción de la ley de fe de erratas del Código y la doctrina y jurisprudencia pos-

3 “Unos curiales”, BENJAMÍN VICTORICA, *Jurisprudencia civil. Una cuestión sobre filiación natural. Vista del fiscal general de las Cámaras de Apelaciones de la Capital Doctor Don ... y otras publicaciones relativas*, Buenos Aires, Imprenta de El Siglo, 1879, pp. 5-6.

teriores, de nuevo con especial referencia a la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

## 2. *El antecedente francés*

La antigua jurisprudencia francesa había admitido la investigación. Siempre fue posible el reconocimiento por el padre natural, inclusive de los hijos adulterinos. Cuando carecían del reconocimiento expreso del padre, pero él los había tratado como suyos, provisto a su mantenimiento y educación, esa conducta se había considerado suficiente para que los jueces declararan la paternidad. Más aún, a falta de reconocimiento expreso, y del reconocimiento tácito resultante de la posesión de estado, la paternidad extramatrimonial pudo ser investigada libremente. Los jueces tuvieron pleno poder de apreciación para declararla, tanto con relación a los hechos que permitían inducirla como a la prueba de esos hechos.

Una jurisprudencia formada principalmente en las provincias del sudeste de Francia había llegado a admitir que la indicación hecha bajo ciertas condiciones por la madre virgen era suficiente prueba de la paternidad (“*creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse*”)<sup>4</sup>.

Se habló de abusos cometidos por los jueces al aplicar dicha máxima, sobre todo, por ausencia de normas que la regularan<sup>5</sup>. Hasta la Revolución, la prueba de la paternidad extramatrimonial no estuvo reglada por ninguna ley. Los excesos de la jurisprudencia habrían sido fuente de escándalos y peligros diarios para “la paz y el honor de las personas más respetables y más estimadas [...] amenazadas e insidiadas por los ataques imprudentes de mujeres descaradas y de hombres aventureros”<sup>6</sup>.

4 LOUIS AMIABLE, *De la preuve de la paternité hors mariage. Étude de législation*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1885, pp. 24-26.

5 PAUL BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, A. Marescq Ainé, 1872, p. 160.

6 ENRIQUE CIMBALI, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y*

Bigot-Préameneu escribió, en la exposición de motivos del título de la Paternidad y de la Filiación del Código francés, que desde hacía mucho tiempo,

en el antiguo régimen, un clamor general se elevó contra las investigaciones de paternidad. Ellas expusieron los tribunales a los debates más escandalosos, a los juicios más arbitrarios, a la jurisprudencia más variable. El hombre cuya conducta fue la más pura, aquel cuyos cabellos emblanquecieron en el ejercicio de todas las virtudes, no estuvo de ningún modo al amparo del ataque de una mujer descarada o de niños desconocidos para él. Este género de calumnias dejó siempre huellas dolorosas. En una palabra, las investigaciones de paternidad fueron vistas como la plaga de la sociedad<sup>7</sup>.

La Revolución Francesa tendió a mejorar la posición jurídica de los hijos ilegítimos, pero fue muy rigurosa con la prueba de la filiación paterna. La misma ley del 14 brumario del año II, que los equiparó a los legítimos en el derecho sucesorio, les prohibió virtualmente la investigación de la paternidad<sup>8</sup>.

Se impuso el modelo de familia patriarcal, apelando inclusive a argumentos fundados en la naturaleza y derivando de los mismos, con igual valor pretendidamente natural, la posición de privilegio acordada al varón. A ese modelo respondieron, por ejemplo, su casi impunidad si cometía adulterio, comparado con el rigor con que era tratada la mujer en igual circunstancia, y la eximición de hecho de responsabilidades frente a la descendencia ilegítima, al descargar en la madre, muchas veces víctima ella misma de seducción, el peso de la crianza y el sustento.

En tren de buscar argumentos para exculpar a los padres y hacer recaer todo el peso de la responsabilidad sobre las madres, Samuel Pufen-

*sociales*. Traducida del italiano por Francisco Esteban García con un prólogo de Felipe Sánchez Román, Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1893, p. 86.

<sup>7</sup> AMIABLE, *De la preuve...*, pp. 42-43.

<sup>8</sup> AMIABLE, *De la preuve...*, pp. 32 y 37; JOSEPH CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, Paris, Librairie Armand Colin, 1912, p. 168.

dorf sostuvo que la promiscuidad sexual de las mujeres, y la incerteza que llevaba aparejada acerca de la paternidad de la descendencia, eran el mayor peligro para el mantenimiento de la paz social<sup>9</sup>.

Con esos antecedentes, el Código Napoleón, prototipo de los códigos prohibitivos, mantuvo la abolición con la sola excepción del rapto de la madre (artículo 340)<sup>10</sup>. Ese artículo fue sancionado a instancias de quien era entonces el Primer Cónsul. Sin su intervención la solución habría sido diferente. Tal como estaba redactado el proyecto primitivo, la madre natural podía indicar quién era el padre, como en la antigua regla *creditur virgini parturienti*<sup>11</sup>. Pero en la reunión del Consejo de Estado del 26 brumario del año X Napoleón expuso su pensamiento, sintetizado en la fórmula “la sociedad no tiene interés que la filiación de los bastardos sea conocida”, e inclinó la decisión hacia la prohibición<sup>12</sup>.

Demolombe, citado por Vélez Sarsfield en la nota del artículo 325 del Código Civil, expuso que el artículo 340 francés era “absoluto” y que las consideraciones sobre las cuales estaba fundado se aplicaban a todos los casos con igual fuerza, de donde se desprendía que la investigación de la paternidad no estaba nunca permitida contra el pretendido padre ni contra el menor. Dicha regla se fundaba en “las más poderosas consideraciones de orden público” y era reclamada, “más que nunca acaso, hoy día, [... por] el estado actual de las costumbres de nuestra sociedad”.

La regla reconocía una excepción: el rapto de la madre, excepción que el exegeta interpretaba, comprendiendo en el vocablo rapto “todos los hechos a los cuales esta palabra, en su generalidad, fue siempre aplicada”. El hecho debía de cometerse con “violencia sobre una mujer menor o mayor” y haber estado ella “retenida por el raptor durante más

9 MARÍA DE LOS ÁNGELES MARTÍN VIDA, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Granada, Universidad de Granada, 2004, p. 116, nota 55.

10 “La investigación de la paternidad está prohibida. En el caso de rapto, cuando la época de este rapto se corresponda con la de la concepción, el raptor podrá ser, sobre la demanda de partes interesadas, declarado padre del menor”.

11 AMIABLE, *De la preuve...*, p. 43; CHARMONT, *Les transformations...*, pp. 168-169.

12 VÍCTOR MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 7ª ed., II, Paris, Delamotte et Fils, 1873, II, p. 82.

o menos tiempo y bajo su poder exclusivo”. La violación no era asimilable al rapto y, por lo tanto, no constituía excepción<sup>13</sup>.

Como consecuencia de tal criterio se podía afirmar que el abandono paterno se encontraba facilitado y hasta alentado por una ley que, fuera del reconocimiento voluntario hecho por acto auténtico, y salvo una excepción irrisoria, descartaba toda prueba de la paternidad extramatrimonial<sup>14</sup>.

Ni el reconocimiento verbal, ni el escrito hecho en un testamento ológrafo, eran pruebas suficientes. En la sección del Código intitulada “Del reconocimiento de los hijos naturales” no se hablaba en absoluto de la posesión de estado, sólo mencionada con respecto a los hijos legítimos y de tal forma que era aplicable únicamente a ellos. Algunos autores sostuvieron que en el Código había una laguna que debía cubrirse por vía de interpretación, pero la jurisprudencia rechazó completamente la posibilidad de alegar la posesión de estado en el caso de la filiación natural<sup>15</sup>.

Si Demolombe fue estricto en definir el rapto fue amplio en interpretar la posesión de estado como prueba del reconocimiento tácito de un hijo natural, prueba para él más categórica aún que la de un título. Vélez hizo suya esta doctrina:

cuando un hombre ha constante y públicamente tratado a un niño como suyo; cuando lo ha presentado como tal, en su familia, en la sociedad; cuando le ha dado su nombre; cuando ha, en calidad de padre, provisto siempre a sus necesidades, a su mantenimiento, a su educación, es imposible decir que no lo reconoció. Es verdad que este reconocimiento no está consignado en un documento; todo eso que él hace, se concluye, es más completo y más decisivo todavía<sup>16</sup>.

13 CHARLES DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon, I: Traité de la paternité et de la filiation*, Paris, A. Lahure, 1881, V, pp. 486-487.

14 AMIABLE, *De la preuve...*, p. 9.

15 *Ibidem*, pp. 9 y 40-42.

16 DEMOLOMBE, *Cours...*, V, pp. 513-521.

Joseph Charmont comentó que el Código sacrificó el hijo natural a su concepción de una familia fundada, no sobre el parentesco, sino sobre el matrimonio. Como esos hijos no habían incurrido en ningún motivo de reproche, la injusticia de la solución era evidente.

Prohibir la investigación de la paternidad era alentar la seducción, autorizar por la impunidad la inconducta del varón, provocar el infanticidio o el abandono del hijo, cargar sobre la mujer, a menudo la menos culpable, en todo caso la más débil, las consecuencias de un hecho común a ambos. El riguroso principio de la prohibición levantó en su contra a todos los que no admitían que la ley desconociera abiertamente semejante regla de moral. Su derogación fue reclamada tanto por reformadores intransigentes como por moderados de todos los partidos, juristas y autores cristianos. La oposición se tradujo en intentos de reformas legislativas varias veces renovadas y en una influencia acentuada sobre la jurisprudencia<sup>17</sup>.

Juristas y políticos prestaron una atención creciente a esta parte del Código. Varios trabajos doctrinales, entre ellos tesis doctorales, prepararon el terreno a las iniciativas de los legisladores<sup>18</sup>. La Facultad de Derecho de París abrió en 1868 un concurso, dirigido a los nuevos doctores y aspirantes al doctorado, sobre el tema “prueba de la filiación extramatrimonial”, invitando a los participantes a “indicar las mejoras de las que era susceptible el derecho actual”, y en 1884 convocó a otro sobre la cuestión “de los hijos naturales”, con la recomendación de “investigar, a la luz de la moral, de la historia y de las legislaciones extranjeras contemporáneas, si las leyes francesas eran susceptibles de mejora”, tanto por lo relativo a “la constatación de la filiación natural simple, adulterina e incestuosa” como a las consecuencias jurídicas de esta clase de filiación<sup>19</sup>.

Charmont pudo decir en 1912 (el mismo año de la ley de reforma dictada en noviembre) que hasta entonces todos los intentos de reforma

17 CHARMONT, *Les transformations...*, pp. 165 y 170.

18 AMIABLE, *De la preuve...*, capítulo V.

19 *Ibidem*, pp. 60 y 79.

habían encontrado un vivo rechazo. Las objeciones se reducían a dos: la dificultad de la prueba y el miedo del escándalo.

Entretanto, numerosas sentencias admitieron: la validez de la obligación asumida por el seductor de subvenir a los gastos de mantención del hijo, y el derecho de la mujer seducida y abandonada a obtener del seductor una reparación pecuniaria. Pero los tribunales se cuidaron bien de considerar establecido el hecho de la paternidad. En el primer caso, cuando existía la obligación, se limitaron a declarar que se fundaba en una causa lícita, y en el segundo, el fundamento estuvo en el artículo del Código que obligaba al autor de un daño a repararlo. Los jueces se abstuvieron de averiguar si el seductor era el padre del niño<sup>20</sup>.

La Corte de Casación, por sentencia del 26 de marzo de 1806, declaró inadmisile una reclamación pecuniaria, porque la paternidad era indivisible, un hombre no podía ser padre para un caso y no serlo para otro; una condenación al pago de daños y perjuicios sería violatoria del artículo 340. Esta jurisprudencia se mantuvo hasta 1845, en que comenzó a cambiar. Desde entonces, la Corte de Casación y la mayoría de las cortes de apelación reconocieron que la seducción obligaba al autor al pago de daños y perjuicios a la mujer seducida. Si como consecuencia ella devenía madre, el monto de la reparación civil debía de ser establecido en vista del daño que resultara del embarazo, del gasto del parto, y de la crianza y educación del hijo<sup>21</sup>.

Aunque en Francia se admitía generalmente que la posesión de estado era un buen medio de prueba, los juristas estuvieron lejos de ponerse de acuerdo sobre el papel que le asignaba el Código. Las opiniones se dividieron. Según una tesis, no recogida por la jurisprudencia, la posesión de estado estaba admitida como prueba de la filiación natural (Demolombe, Merville, Valette, Héroid); según otra, probaba la maternidad pero no la paternidad (Delvincourt, Proudhon, Duranton), y según una tercera, no probaba nada (Marcadé, Toullier, Demante, Aubry y Rau). Marcadé negaba que el Código, que reconocía la posesión de estado

20 CHARMONT, *Les transformations...*, pp. 171 y 173.

21 AMIABLE, *De la preuve...*, p. 55.

como prueba de la filiación legítima, tolerara su extensión a la ilegítima. Si lo hubiera querido lo habría dicho, sostuvo<sup>22</sup>.

Según Paul Baret, ninguna ley extranjera (respecto de Francia) decidía expresamente que la posesión de estado probara la filiación natural. En Portugal, donde estaba admitida la prueba de testigos para acreditar dicha filiación, la posesión de estado no se distinguía netamente de los indicios de toda clase, en los que podía fundarse la convicción del juez. De todos modos, era considerada la conjetura más convincente<sup>23</sup>.

Con la leve atenuación introducida por la jurisprudencia, que a la mujer y al niño no les procuraba más que una protección “incierto, incompleta, excepcional”<sup>24</sup>, la prohibición legal se mantuvo hasta la ley del 16 de noviembre de 1912, que invirtió el principio, consintiendo la investigación en varios casos: raptó, violación, principio de prueba por escrito, seducción con dolo, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o noviazgo, concubinato notorio, participación en el mantenimiento y educación del hijo en calidad de padre.

Entre los códigos satélites hubo una tendencia a ampliar la sola excepción de raptó. El italiano de 1865 permitió la reclamación de la paternidad también en el caso de violación de la madre<sup>25</sup>.

Hacia el fin del siglo XIX se activaron en Occidente las demandas de reforma de la legislación civil, impulsadas por el liberalismo y nuevas corrientes de ideas humanitarias. Uno de los autores de mayor circulación en esos años, el italiano Giuseppe D’Aguanno, juzgó “deplorable”

22 MARCADÉ, *Explication...*, II, pp. 81-82.

23 BARET, *Histoire...*, pp. 108-109 y 132.

24 CHARFONT, *Les transformations...*, p. 172. Cimbali, en cambio, subrayó la importancia de esa jurisprudencia: “a pesar del texto abiertamente contrario de la ley, tiene un significado mucho más alto; el de corregir en cierto modo con una interpretación racional de las disposiciones positivas vigentes, la obra injusta del legislador, inspirándose en las condiciones y en la necesidad suprema de la vida; y aun de excitarlo autorizadamente a una saludable reforma, reclamada con tanta unanimidad de sufragios por la opinión pública” (*La nueva fase...*, p. 88).

25 COING, *Derecho privado...*, II, pp. 404-406; MARTÍN VIDA, *Evolución...*, p. 128; y JORGE CABRAL TEXO, *Fuentes nacionales del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1919, pp. 72, nota 15; 77 y 78.

la condición de los hijos naturales. Excluidos como estaban del consorcio doméstico, “debía ser aún más solícito el legislador, sancionando la responsabilidad genésica; mientras que, por el contrario, animado todavía dicho legislador por prejuicios tradicionales, no sólo no cuidó convenientemente de que el padre cumplierse sus obligaciones para con los hijos naturales reconocidos, sino que prohibió, salvo casos excepcionales, la investigación de la paternidad”<sup>26</sup>.

### 3. *Derecho castellano-indiano y patrio*

Por el código de las Partidas no era necesario el reconocimiento del hijo natural, pues sólo consideraba naturales a los procreados en barragana o concubina, o sea fruto de una relación estable, y siempre que la barragana fuera una sola, libre, soltera y mayor de doce años. Pero no dejaron de prever el supuesto de reconocimiento forzoso por negativa del padre.

Cuando el padre alegaba la inexistencia del vínculo, el juez, en un procedimiento sumario y con absoluta libertad para proceder a las pruebas que le parecían más oportunas, debía tratar, con la mayor rapidez posible, de encontrar algún indicio que abonase la pretensión del hijo. En ese caso el demandado era obligado a cumplir con los deberes alimentarios y de crianza que la ley señalaba, si bien le quedaba expedita la vía para impugnar con otro tipo de prueba la paternidad que le fuera atribuida<sup>27</sup>.

26 JOSÉ D. D'AGUANO, *La reforma integral de la legislación civil*. Traducción de Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, s/d pp. 173-174.

27 Partidas III.22.7: “Hay pleitos que el juez no tiene por qué hacer gran averiguación, sino oírlos, y librarlos llanamente. Y esto sería, cuando algún huérfano menor de catorce años, u otro por él, demandase al juez, que le entregase, así como a heredero, de los bienes que fueron de su padre, y aquel que fuese tenedor de ellos respondiese, que no era hijo de aquel de quien se trataba, y por ende no se les debían entregar; que tal pleito como éste debe oír el juez llanamente, y si hallare por algunas razones o señales, aunque no sean muy fuertes ni prueben el hecho claramente, que éste fuera hijo de aquel

La ley 10 de Toro no supuso modificación alguna al planteamiento del deber de alimentos fijado en las Partidas. La ley 11<sup>28</sup> suprimió el requisito de la barraganía, con lo que se presentaron otras circunstancias, además de la convivencia con barragana, que permitían presumir la existencia de una paternidad natural. Como la ley no determinó el modo de hacer el reconocimiento, su silencio fue suplido por las disposiciones de las Partidas relativas a la legitimación y el reconocimiento forzoso. Resultó así que los modos fueron: declaración del padre asentada en la partida de bautismo; escritura pública; testamento; acta autorizada por magistrado, justicia o concejo del pueblo; sentencia judicial recaída en causa de estupro, y prueba fehaciente de la paternidad.

Las leyes de Toro, de 1505, –dice Gacto Fernández– no puntualizaron ninguna cuestión de las que planteaba el reconocimiento forzoso

cuyos bienes demandaba, debe por juicio mandar apoderarlo al huérfano de la tenencia de aquellos bienes: pues que por alguna presunción se demuestra, que fuera hijo de aquel, de cuyos bienes demandaba ser apoderado. Pero queda salvo su contendor, de poder demostrar, y discurrir contra el huérfano, si era hijo de aquel en cuyos bienes era apoderado, o no: mas tal pleito como éste no le puede mover, hasta que sea de edad de catorce años, si el huérfano de su voluntad no quisiese responder a ello. Y esto dispusieron los sabios antiguos por pro del huérfano”.

Partidas IV.19.7: “Reputándose alguno por hijo de otro, y demandando que le criase, y proveyese de lo que era menester, podía acaecer, que este tal, negara que fuera su hijo, porque no lo criase, o por ventura decirlo y de verdad que no fuera su hijo. Y por ende, cuando tal duda acaeciére, el juez de aquel lugar, de su oficio, debe conocer llanamente, y sin demora, no guardando la forma de juicio que debe ser guardada en los otros pleitos, si es hijo de aquel a quien se demanda, o no. Y esto debe ser probado, por fama de los de aquel lugar, o por cualquiera otra manera que lo pueda saber, o por juramento de aquel que se considera su hijo. Y si fallare por algunas señales, que es su hijo, debe mandar al otro, que lo críe, y lo provea. Y aunque el juez mande proveer a este tal, así como sobredicho es, queda salvo su derecho a cualquiera de las partes, para probar si es su hijo, o no”.

28 “Y porque no se pueda dudar cuáles son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales cuando al tiempo que nacieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo conozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola, que concurriendo en el hijo las calidades susodichas mandamos que sea hijo natural”.

y a partir de su promulgación la doctrina se ocupó de teorizar sobre las situaciones y problemas que toda reivindicación de conocimiento llevaba consigo<sup>29</sup>.

Cuestión controvertida fue si dichas leyes aceptaban el reconocimiento tácito. Conforme Escriche, algunos querían que el reconocimiento fuera expreso, manifestado positivamente con palabras claras y terminantes. Excluían el reconocimiento tácito para cerrar la puerta a los muchos fraudes que acerca de este punto podían cometerse. Mas otros creían que bastaba con que fuera tácito, pero acreditado por hechos y conjeturas. La doctrina y la jurisprudencia españolas se dividieron en esas dos corrientes hermenéuticas<sup>30</sup>.

La cuasi posesión de estado se adquiría –según Juan de Matienzo– cuando el padre realizaba actos que sólo se solían llevar a cabo con los hijos (emancipación, designación de heredero en la legítima o la mejora). En tal caso la carga de la prueba recaía en quien negaba la paternidad. Lo mismo ocurría cuando resultaba extraño que ciertos actos se ejecutaran con quien no era miembro de la familia (alimentos)<sup>31</sup>.

Gacto Fernández no desarrolla la demanda de reconocimiento presentada por el hijo después de muerto el padre. Sólo expresa que en ese caso la situación del hijo era más difícil por no contar con la presunta conducta favorable del padre en vida y que varios fueros sometían al actor a una prueba ordálica, pero nada dice de lo dispuesto por el derecho territorial medieval ni moderno<sup>32</sup>.

El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires Alejo B. González expuso que en la Argentina,

29 ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969 (Serie: Derecho, 5), p. 89, y “La situación jurídica de los hijos naturales e ilegítimos menores de edad en el derecho histórico español. Alimentos y tutela”, *Recueils de la Société Jean Bodin, L'enfant*, XXXVI, 2ème. Partie, Bruxelles, De Boeck Université, 1976, pp. 169-182, p. 175.

30 ESCRICHE, *Diccionario...*, p. 507.

31 GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación...*, p. 91.

32 *Ibidem*, p. 87.

antes de la promulgación del Código Civil, la legislación española que nos regía permitía la investigación de la paternidad o maternidad natural, ya fuese durante, ya fuese después de la muerte de los padres; y en la práctica de los tribunales no se suscitó jamás duda al respecto según entiendo.

No era indispensable para la declaratoria de la paternidad o maternidad, que el reconocimiento del hijo natural por el padre o la madre fuese expreso y solemne, pudiendo pronunciarse aquélla en virtud de datos irrecusables, que creasen en el magistrado la evidencia del hecho<sup>33</sup>.

Nos dice Dougnac Rodríguez que los expedientes sobre filiación natural que examinó en Chile raras veces traían pruebas “absolutamente convincentes”. El arbitrio judicial obraba en forma importante y el juego de las presunciones legales y judiciales daba el cauce para la solución de los asuntos.

La posibilidad de investigación de la paternidad estaba reservada –según la opinión común– a los hijos naturales y prohibida a los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. La demanda podía dirigirse contra el presunto padre, sus sucesores o albaceas. A veces se pedía al tribunal que declarara la calidad de hijo natural con citación “de partes que pueden pretender interesadas”<sup>34</sup>.

Pese a la norma y la opinión comunes según las cuales el derecho a la investigación no comprendía a los hijos adulterinos, hubo alguna excepción. Un ejemplo de vísperas del Código Civil es el siguiente. En Salta, una joven fue entregada en guarda a un hombre casado para su servicio y educación. Éste, en vez de educarla, abusó de ella y le engendró una hija. Muertos el guardador infiel y su cónyuge, el padre de la joven demandó el reconocimiento de la filiación de la nieta y los

33 Buenos Aires, 8/5/1877. Causa CCI, *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª ed. autorizada, que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas, 1ª serie, t. I, Buenos Aires/La Plata/Rosario, Jacobo Peuser, 1892, 2 vols, I, p. 632.

34 ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003 (Biblioteca Indiana Antonio de León Pinelo, I), pp. 394-398.

derechos hereditarios que le correspondían. Produjo una información en la que cuatro testigos confirmaron su relato.

El defensor de pobres y menores, Arístides López, y el fiscal, Gumersindo Ulloa, coincidieron en que estaba plenamente justificada la filiación, y el juez de primera instancia, Mariano Matienzo, declaró que la menor era “hija espuria o ilegítima” del finado y como tal con derecho a lo que acordaban las leyes. La sentencia no fue apelada y quedó firme. Se presentó un hermano del declarado padre impugnando el procedimiento, pero el juez no le hizo lugar<sup>35</sup>.

#### *4. Proyecto de ley del Estado de Buenos Aires que prohibía la investigación (1858)*

##### *a. Debate en la Cámara de Diputados*

En el Estado de Buenos Aires, anomalías ocurridas con motivo de demandas de seducción, pero sobre todo el ejemplo de la familia del Código francés, inspiraron el proyecto de ley que prohibía la indagación de la paternidad natural.

La Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, compuesta por Marcelino Ugarte, Francisco de Elizalde, Benito Carrasco, Emilio Agrelo y Claudio Martínez, presentó el proyecto, que fue considerado a partir de la sesión del 9 de junio de 1858. Decía lo siguiente:

Artículo 1º Queda prohibida toda investigación de la paternidad ilegítima, fuera del caso en que habiendo mediado raptó o estupro violento, la época de la concepción coincida con la del raptó o estupro.

2º El reconocimiento de la filiación natural sólo podrá hacerse en escritura pública o disposición testamentaria.

35 Sentencia del 10/10/1868. “Antonia Burela sobre filiación de su hija Luisa Cordeiro” (Archivo Histórico de Salta, Civiles, caja 112/81, año 1869, exp. 28).

Francisco de Elizalde, al fundamentarlo, dijo que la Comisión tuvo en cuenta la inconveniencia de las reformas parciales en los códigos, pero que había ventajas en hacerlas cuando las reformas eran importantes. “[...] no tenemos sino dos temperamentos que adoptar: o conservar el actual sistema de legislación, con todos sus errores e imperfecciones, o adoptar las reformas parciales que la naturaleza de las circunstancias, o el adelanto de las ciencias, reclamen”.

La paternidad y la filiación formaban la base sobre que reposaba el estado del hombre y la constitución de la familia, que era el fundamento del orden social. Con respecto a la paternidad ilegítima la Comisión estableció el principio siguiente:

el reconocimiento del padre es el único medio de comprobar la filiación ilegítima. [...] Ella no debe admitir la paternidad ilegítima no reconocida, ni autorizar la investigación, sino en los casos de raptó y estupro violento, cuando éstos coinciden con la época de la concepción. Ésta es la teoría que sostienen los primeros jurisconsultos modernos, y que está consignada en los códigos de todas las naciones. [...] La dificultad, físicamente imposible, de la prueba de paternidad ilegítima, por no haber un signo exterior que la caracterice, y el escándalo e inmoralidad de este género de causas, ha inducido a las naciones más adelantadas en la ciencia de la legislación a consignar ese conveniente y moralizador principio: no hay más prueba que el reconocimiento del padre.

Ése era el principio que Francia reconocía. El antiguo Derecho francés reconocía a la mujer el derecho de entablar la acción de declaración de paternidad contra quien creía ser el padre de su hijo. Tal jurisprudencia fue “vencida en el terreno de la más luminosa discusión que recuerdan los anales parlamentarios”.

Todos los escritores modernos sostenían la conveniencia de negar la investigación de la paternidad ilegítima, fundados en “dos consideraciones de un orden superior: 1º Que es absolutamente imposible la comprobación física de la paternidad. 2º Que estas causas, generalmente, son el escándalo de la sociedad y perniciosas a las buenas costumbres”.

Sólo debían de admitirse pruebas auténticas, originadas en el reconocimiento del padre, “única fuente de la filiación ilegítima”. No sucedía así con relación a la madre. La naturaleza indicaba quién era la madre por signos evidentes. Casada o no, ella era siempre cierta: *mater semper certa est*. De ahí la diferencia que el proyecto implícitamente establecía entre la paternidad y la maternidad.

Ése era también el “espíritu” de nuestra jurisprudencia, igual a la española. Si no había sido observada en la práctica era por una “corruptela de los tribunales”. Los hijos nacidos de concubinato o barraganía, unión permitida por la ley romana y de Partidas, no necesitaban de reconocimiento. La ley presumía la paternidad. Así fue la legislación española hasta el dictado de la ley 11 de Toro, que alteró los principios que regían, bajo el imperio de distintas costumbres. Cuando el padre no había convivido con la madre era menester que hubiera reconocido al hijo para que se tuviera por natural.

Pese a la ley de Toro, los tribunales presenciaron el “escándalo de estas causas, contra el tenor expreso de las leyes, que no reconocían más hijo que el reconocido, o el habido de persona que vivía en la propia casa del padre”. Las pruebas que debían de admitirse no eran para demostrar la paternidad sino para comprobar el reconocimiento hecho por el padre. Ése había sido el espíritu de la legislación española.

La única observación que admitía el proyecto era que los hijos podrían quedar desamparados. Pero la legislación vigente tampoco remediaba el mal. “Si ese mal se hiciera sentir sería remotamente. Los sentimientos naturales del corazón humano son una valla contra ese temor lejano. El hombre que tiene la conciencia de que es padre de un hijo, no lo abandona”. ¿Habría estado convencido de lo que afirmaba ingenuamente?

Para Juan Agustín García el proyecto iba a “modificar enteramente nuestra legislación vigente, si fuese adoptado: y se van a destruir derechos existentes y muy legítimos sin ofrecer ninguna compensación”. No se trataba solamente de las mujeres seducidas, se trataba muy especialmente, acaso únicamente, de los hijos provenientes de las faltas de los hombres, que por el proyecto quedaban casi totalmente abandonados.

Una sola razón de las expresadas podía pesar algo en la consideración de la Cámara para la adopción del proyecto, y era la dificultad de la prueba y el escándalo que producían pleitos de esa naturaleza. Pero si la prueba era difícil, imposible en muchos casos, para eso estaba el juez, y los tribunales no harían lugar a la demanda que intentase el reconocimiento de una paternidad ilegítima sin pruebas claras y terminantes.

Si resulta escándalo a la sociedad, de que haya pleitos que efectivamente por su naturaleza desagradan y chocan, es necesario fijarse muy especialmente en la monstruosidad que también resultará de que millares de niños no puedan tener derecho a ser alimentados por sus padres. [...]

Si el reconocimiento del padre pudiera ser facilitado de la manera más favorable, haciéndolo tan fácil que cualquiera de sus actos bastara para establecerlo, en ese caso sí podría decirse que para el hijo no reconocido, la investigación de la paternidad ilegítima no debiera tener lugar sino en los casos de raptó, estupro violento o cuando hubiera existido un verdadero concubinato. Pero atendiendo a nuestro modo de ver, no puede de ninguna manera establecerse que ese reconocimiento sólo puede hacerse en escritura pública o por disposición testamentaria.

Ésas eran prácticas ajenas a la “inmensa mayoría” de los habitantes, muy particularmente de la campaña.

Aunque el lazo que unía al padre con la madre no hubiera sido santificado por el matrimonio, no por eso era “menos santa sino quizá más sagrada la obligación del padre culpable a alimentar esos hijos de sus faltas, y de esa obligación impuesta por la naturaleza, nada puede desligarlo. La ley que tal ordenase contrariaría la razón y la justicia”.

A juicio de Benito Carrasco el asunto que se trataba debía de verse más del lado de los hijos que de los padres.

Los hijos son el fruto de una unión ilegítima, en que no han tenido la más pequeña parte, ni han sido culpables. Por consiguiente, no es justo defraudarlos en medios de justificar su nacimiento, porque se trata de que el hijo dé una prueba legítima, la que en derecho se reconoce por tal, que es aquella que hace aparecer el hecho claro a la vista del magistrado para

que obligue a cumplir las obligaciones que tiene todo padre de suministrar alimentos a su hijo, cuyo deber, desgraciadamente se ve desatendido con frecuencia, siempre que se interpone el interés del secreto.

Adelantó que votaría por el proyecto en general, desde que se anunciaba alguna excepción a la regla general que establecía el artículo 1º. Al haber otros medios de prueba que, si no tan perfectos como la escritura pública y la declaración hecha en un testamento, eran también declaraciones del padre, hechos suyos, no veía que fuera justo privar a un hijo del derecho de presentarlos. Facultad del magistrado sería desechar las pruebas que no fuesen claras y evidentes.

Marcelino Ugarte coincidió en general con el proyecto. Disintió sólo en cuanto a que el reconocimiento del padre se pudiera verificar por diversos hechos y formuló el siguiente proyecto sustitutivo:

Art. 2º El reconocimiento de la filiación natural si no se ha hecho en la partida de bautismo sólo podrá hacerse por escritura pública, disposición testamentaria o declaración judicial. Art. 3º Se tendrá también por reconocido el hijo, cuando el padre haya provisto a sus alimentos y permíttele que use su nombre.

También García presentó un proyecto de artículo 2º:

Cuando no se haya practicado el reconocimiento en la forma establecida en el artículo anterior, puede admitirse prueba acerca de los dos puntos siguientes, para establecer la filiación ilegítima: 1º Cuando hubiese mediado raptó o estupro violento o concubinato, si coinciden estos hechos con la época de la concepción. 2º Cuando el padre ha reconocido al hijo por sus actos, proveyendo a sus alimentos o permitiéndole use su nombre. 3º Fuera de estos casos queda prohibida la investigación de la paternidad ilegítima.

Vuelto el proyecto a la Comisión, en la sesión del 16 de junio lo sustituyó por el siguiente. El artículo 1º sin cambios.

Art. 2º El reconocimiento de la filiación natural, si no se ha hecho en la partida de bautismo, sólo podrá hacerse por escritura pública o disposición testamentaria o confesión judicial.

Art. 3º Se tendrá también por reconocido el hijo cuando el padre haya provisto a sus alimentos, permitiéndole que use su apellido.

Firmaron Martínez, Carrasco, Agrelo, Ugarte y Francisco de Elizalde.

Expuso García que, sancionada la ley, quedaba “no prohibida sino permitida la investigación de la paternidad ilegítima” (Francisco de Elizalde acababa de distinguir: el proyecto prohibía la investigación de la paternidad ilegítima, pero permitía las pruebas del reconocimiento, muy distintas de las pruebas de la filiación) y “reglamentadas solamente las pruebas y evitados los abusos que pueden nacer de la imperfección de nuestras leyes”.

Propuso que se ampliaran los casos en que el artículo 1º permitía la investigación de la paternidad. Debía también permitirse cuando existiera concubinato entre los padres de la criatura, siguiendo las disposiciones de las leyes romanas y de Partidas. Dicha prueba era –según él– fácil, sencilla y podía desvirtuarse con facilidad cuando fuera falsa. La moción de García fue rechazada, con el argumento de que hubiera implicado reglamentar el concubinato.

Los agregados que la Comisión propuso al artículo 2º tenían en vista facilitar a los padres el reconocimiento de los hijos, a quienes había que evitar la carencia de estado.

Ugarte fue categórico en afirmar que

la ley no puede ni debe permitir la investigación de la paternidad ilegítima, porque no pudiendo determinarse el momento preciso de la concepción, la prueba recae sobre un hecho cuya averiguación sale de la esfera del poder humano. [...] El reconocimiento, eso sí puede probarse, porque puede hacerse constar por hechos materiales y documentos correspondientes a esos hechos, que caen bajo el poder de los sentidos y pueden dar una convicción segura para que el juez falle con ánimo tranquilo y ciencia cierta.

Se opuso al reconocimiento por documento privado, propuesto por García, como “extremadamente peligroso”. Sería muy fácil que, después de muerto el pretendido padre, se demandase a su testamentaria con un documento falso, a cuyo pie se hubiera hecho poner la firma de dos testigos “cohechados”. Con los medios de prueba aceptados: la partida de bautismo, la escritura pública y la disposición testamentaria, no quedaba padre que, queriendo reconocer a sus hijos, estuviera imposibilitado de hacerlo.

El 16 de junio de 1858 la Cámara de Diputados sancionó el siguiente proyecto de ley:

Art. 1º Queda prohibida toda investigación de la paternidad ilegítima, fuera del caso en que, habiendo mediando rapto o estupro violento, la época de la concepción coincida con la del rapto o estupro.

Art. 2º El reconocimiento de la filiación natural, si no se ha hecho en la partida de bautismo, sólo podrá hacerse por escritura pública o disposición testamentaria o confesión judicial.<sup>36</sup>

### *b. Debate en el Senado. Intervención decisiva de Dalmacio Vélez Sarsfield*

En el Senado, la Comisión de Legislación, con las firmas de Juan J. Alsina y D. F. Sarmiento, modificó la forma del proyecto. Lo redujo a un artículo: “En todo juicio sobre paternidad o filiación ilegítima y [*sic*] natural, no se admitirán la prueba testimonial, ni las de presunciones y fama pública”.

Alsina señaló, en la sesión del 20 de julio, que aunque a primera vista parecía que el proyecto de la otra Cámara se alteraba, fácilmente se comprendería que sólo difería en la forma. En realidad, adoptaba con más precisión la sustancia, el principio, al decir que “se prohíbe toda investigación de la paternidad ilegítima”.

36 *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires*, sesiones del 9 y 16/6/1858, pp. 143-154 y 163-172.

## Recalcó la

urgente necesidad de reprimir los graves inconvenientes de los procesos escandalosos e inmorales, que por lo general sólo se promueven cuando se trata de sucesiones valiosas o de importantes prestaciones alimenticias, que tanto estimulan y aun facilitan el cohecho de los testigos.

Tal circunstancia contribuyó a que en la legislación de las primeras naciones del mundo se haya consignado ese “principio moralizador”.

El Imperio del Brasil prohibió toda investigación de la paternidad natural y ordenó que sólo se admitiese la prueba del reconocimiento por el padre en testamento o escritura pública. Lo mismo estableció el Código Civil del Estado Oriental. El titulado Código Civil era el proyecto de Eduardo Acevedo.

El proyecto que examinaban nada alteraba de la legislación vigente. Los medios probatorios se dejaban como estaban: la escritura pública, el testamento, la confesión judicial; solamente se prohibía la prueba de testigos.

La autorizada palabra de Dalmacio Vélez Sarsfield frenó la iniciativa.

Parece que toda cuestión que se presenta en la Academia de Jurisprudencia ha de traerse al Cuerpo Legislativo para que la resuelva por una ley o varíe las leyes existentes. Parece también que se creyera que podemos llegar a la perfección de las leyes civiles, y se proponen todos los días reformas las más graves que sin duda traerán mayores males que los que se piensan remediar. [...] Yo no veo necesidad ni conveniencia alguna en destruir las leyes existentes sobre indagación de la paternidad.

He estado muchos años en el foro y no he visto ninguno de los escándalos que se supone acontecen todos los días. Son pleitos regularmente de madres o hijos pobres que reclaman alimentos: jamás he visto que en tales causas haya fraudes, cohecho de testigo, etc., para hacer reconocer un hijo por su padre; ni hombre que se queje de una imputación calumniosa. Regularmente se defienden diciendo, *puede ser hijo también de otro*.

Las legislaturas no eran los cuerpos más a propósito para discutir las leyes civiles o criminales.

Los tres sistemas en que se dividían las naciones respecto de las filiaciones ilegítimas eran: el germánico, que no reconocía ningún derecho a los hijos naturales sobre los bienes de los padres; el romano, que sólo les reconocía el derecho de suceder a la madre, y el natural, a ambos padres.

¿Qué derecho tenía ese “desdichado ser de nuestras leyes”?, preguntó. Apenas podía pedir alimentos a sus padres cuando no los tenía o cuando su edad, las enfermedades o los defectos que le transmitieron no le permitían buscar los medios de subsistencia.

¿Le negaremos pues el derecho, el único derecho que le dan nuestras leyes, de buscar a su padre y pedirle los alimentos que le son indispensables? ¿Por qué esta inmoral crueldad? Que se exijan pruebas determinadas de la paternidad cuando las leyes le dan una legítima en los bienes de su padre, ya lo entiendo; pero cuando en su desgraciada condición, él sólo tiene derecho a pedir alimentos al que le dio el ser, no veo el menor principio de justicia para prohibir la indagación de la paternidad.

Se dice que no debe de ser permitida porque da lugar a pleitos inmorales y escandalosos, pero

precisamente las leyes la han permitido para evitar fraudes y escándalos de un orden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagación de la paternidad no tendría el resultado de descubrir un crimen. Las leyes no castigan la unión de personas libres. ¿Dónde está pues el descubrimiento del acto escandaloso? [...]

Las leyes, no pudiendo llegar a una perfección absoluta, se han guiado en la constitución de las pruebas por lo que regularmente sucede; por meras presunciones de hombre; presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad.

Se refería a la posesión de estado, que

es un verdadero reconocimiento más auténtico e indudable que el que resulta de una escritura pública. Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella tratándole como hijo suyo; cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación; cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que él no lo ha reconocido de una manera tan probada como si lo hubiera hecho por una escritura pública o por una confesión judicial. [...] El juez puede pues por los hechos que constituyen la posesión de estado dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal.

¿Por qué excluir las pruebas comunes en las cuestiones de filiaciones, cuando sólo se trataba de alimentos a personas tan desvalidas que necesitaban del auxilio de tercero para conservar su vida? “Borremos todo el derecho, toda la jurisprudencia, los principios más santos de justicia, si queremos prohibir la indagación de la paternidad”, exclamó.

Alsina le contestó que poner las presunciones encima de la escritura pública y la confesión judicial era “un escándalo en Derecho”. El proyecto no negaba la prueba del reconocimiento. Sólo establecía que no podía probarse la paternidad ilegítima por prueba testimonial o de presunciones.

Agüero fue el último en disertar. Se opuso al proyecto en nombre del Derecho natural.

El hijo tiene por Derecho natural, confirmado por todas las leyes comunes, acción contra su padre, para que le dé alimentos, y no un derecho que nazca en él de delito, no, el hijo sea natural, sea legítimo, es hijo de su padre y a la faz de la naturaleza el padre le debe alimentos, por la razón sola de la paternidad. Bien, por la otra parte está el deber del padre de llenar cumplidamente esta obligación. [Pero el proyecto dejaba] a los hijos fuera de la ley, sin defensa, sin medio de hacer valer sus derechos, quitándoles la prueba testimonial, arma de que puede usar este hijo aban-

donado por su padre desnaturalizado, al paso que el proyecto pone en manos del padre todos los medios con que puede garantizar su injusticia.

Puesto a votación el proyecto, fue desechado con solo dos votos afirmativos<sup>37</sup>. El diario *El Nacional* informó que el Senado había rechazado el proyecto y si la Cámara de Diputados insistía en el suyo tendrían Asamblea General, y “por tanto alguna nueva escena, en que se luzca el arte de contar de derecha a izquierda o de izquierda a derecha los votos, 10 o bien 01, según convenga”<sup>38</sup>.

La Cámara de Diputados no insistió y varios años después, en la sesión del 30 de septiembre de 1867, aceptó la propuesta de su Comisión de Legislación de archivar el proyecto, como dijo Alejo B. González, por ser “un proyecto de bastante trascendencia que va a ocupar un lugar en el Código Civil que también se está redactando, y no hay motivo de urgencia para que la Legislatura se ocupe de este negocio”<sup>39</sup>.

### 5. *El Código Civil de Vélez Sarsfield*

El Código Civil redactado por Vélez fue promulgado el 29 de septiembre de 1869. El artículo 325 dispuso lo siguiente:

Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran a demostrar la filiación natural.

37 *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires. Año 1858*, sesión del 20/7/1858, pp. 80-88. El discurso de Vélez Sarsfield reproducido en VÉLEZ SARSFIELD, *Escritos...*, pp. 335-342.

38 “Cámara de Senadores. Paternidad ilegítima”, *El Nacional*, Buenos Aires, 20/7/1858.

39 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 30/9/1867, p. 365.

En la nota del artículo 3577, que declara el derecho de los hijos naturales a la sucesión de los padres a falta de herederos forzosos legítimos<sup>40</sup>, Vélez rechazó la doctrina que prohibía la indagación después de la muerte de los padres.

La sentencia judicial que establece la filiación no hace sino reconocerla y declararla. Es al hecho de la filiación natural que la ley da derechos sucesorios; por lo tanto, estos derechos deben pertenecer al hijo en la sucesión de su autor, cualquiera que sea la época en que la filiación hubiese sido probada, sea antes o después de la apertura de la sucesión. Decimos más: el reconocimiento y la sentencia pueden tener lugar aun después de la muerte del hijo natural, cuando éste deja posteridad.

Por su parte, la larga nota del artículo 325, que repite varios de los conceptos expuestos en el Senado del Estado de Buenos Aires, se contrajo a desarrollar la tesis de Demolombe sobre el valor de la posesión de estado para probar la filiación natural. Frente a ella, algunos pensaron erróneamente, durante los primeros años de la vigencia del Código, que su objetivo era excluir los demás géneros de pruebas<sup>41</sup>. En realidad, lo que se propuso fue poner de manifiesto la contradicción en que incurrieron los códigos que permitían la indagación de la paternidad por las pruebas de escritura pública o de actos auténticos y la negaban por las

pruebas comunes de presunciones de los hechos accesorios que constituyen la posesión de estado [...] presunciones de hombre, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad. [...] El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas 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

40 Los arts. 3578 a 3581 les reconocían participación en la herencia de los padres en concurrencia con los herederos forzosos legítimos.

41 CABRAL TEXO, *Fuentes...*, pp. 101-102.

posesión de estado es así, por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma.

## 6. *Jurisprudencia*

Aceptada por el Código la posibilidad de accionar para obtener la declaración judicial de reconocimiento, la discusión en torno del tema se centró en las pruebas. Fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires anteriores a la reforma del artículo 325 sentaron la jurisprudencia.

En una de las causas, el exhaustivo voto de Alejo B. González, al cual se adhirieron Manuel M. Escalada, Sixto Villegas, Sabiniano Kier y Andrés Somellera, fijó la doctrina del tribunal. Entre otros conceptos, expresó González que el legislador argentino optó por el sistema que admitía la investigación, el cual dejaba subsistentes nuestros precedentes. No obstante, en el mismo artículo 325 se pretendía fundar la prohibición.

Semejante inteligencia es contraria a los sanos principios jurídicos. Las prohibiciones no se presumen, y deben por el contrario resultar de los términos claros y precisos de la ley para que puedan ser coartados o restringidos derechos tan trascendentales como el de que se trata [...]. Ella contradice también la liberalidad de principios que ha dominado al legislador en la materia sobre filiación natural.

No se comprendería, en verdad, que cuando ha proclamado la investigación de la paternidad, separándose de la severidad de los códigos que la proscriben, y que él combate, se mostrara aún más severo que los últimos. En efecto: éstos como el francés en el caso único en que permite la indagación de la paternidad (art. 340, *dans le cas d'enlèvement*) y en el de la investigación de la maternidad que es siempre admitida (art. 341), no la restringen a la época de la vida del padre o de la madre, según lo enseña la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de aquella nación.

Tras argumentar a favor de la imprescriptibilidad de la acción de filiación natural, por la misma razón que el Código la declaraba para la legítima, explicó que

no es la decisión judicial la que crea la filiación; ella no hace más que reconocerla y declararla; es al hecho mismo de la filiación natural, que la ley atribuye ciertos derechos sucesivos; luego, deben corresponder al hijo en la sucesión de su autor, cualquiera que sea la época en que su filiación haya sido constatada, antes o después de la apertura de la sucesión; el texto de la ley, en efecto, sólo exige una cosa, esto es, que los hijos naturales hayan sido legalmente reconocidos, sin fijar para esto término alguno. [...]

Si la investigación de la paternidad o maternidad debiera detenerse ante la muerte de los padres, sobrevendrían en la práctica inconvenientes graves. Sucedería que gran parte de estos hijos destituidos en lo general de protección, y que perdiesen sus padres antes de adquirir capacidad para deducir la acción, quedarían privados de los derechos que el Código les acuerda.

Sucedería, que si el fallecimiento del padre ocurriese antes del nacimiento del hijo, o el de la madre al tiempo de éste, la acción no podría ejercitarse tampoco, a pesar de que la voluntad del padre o de la madre hubiera sido reconocer al hijo o existieran pruebas evidentes acerca de la filiación<sup>42</sup>.

Consagrada la viabilidad de la acción de reclamación de la paternidad y maternidad aun después del deceso de los padres, la Suprema Corte bonaerense se pronunció en otra causa sobre la prueba de la filiación. Lo hizo mediante los votos de Sixto Villegas y Alejo B. González.

Villegas señaló la diferencia que había entre las Partidas y el Código Civil. Aquéllas no requerían pruebas determinadas para establecer el hecho de la filiación y el ejercicio de la acción; en cambio el Código admitía toda clase de pruebas en la indagación de la paternidad cuando los padres negaban que los hijos fueran suyos. La negativa hacía supo-

42 Buenos Aires, 8/5/1877. Causa CCI, *Acuerdos y sentencias...*, I, pp. 632-637.

ner que estaban vivos. Después de su muerte se agregaba la prueba de la posesión de estado.

Así queda la doctrina de nuestro Código entre la más moderna y aceptada por cuanto atiende todos los derechos legítimos, precaucionándose contra el abuso y desorden por la clase de prueba exigida con relación a época y personas.

González comenzó sentando que las pruebas de la filiación legítima y de la natural debían de variar porque era necesario someter a garantías más severas el modo de probar la segunda. En cambio, no encontró

razón legal que autorice distinción, respecto a la prueba de la filiación natural, con relación a la época en que se intente. En ausencia de reconocimiento expreso, el tácito sólo debe justificarse por la posesión de estado, sea que la acción se deduzca durante la vida o después de la muerte de los padres.

En razón de esta divergencia entre los dos votos, Somellera, Kier y Escalada aclararon que se adherían a los fundamentos consignados en ambos en la parte que demostraban la necesidad de la prueba de posesión de estado<sup>43</sup>.

El juez de primera instancia Salustiano J. Zavalía consideró que la cuestión de si bajo el imperio de la legislación entonces vigente era permitida la investigación de la paternidad natural después de la muerte del presunto padre había sido materia de “largos y luminosos debates” en los tribunales; que en ellos recayeron decisiones diversas que mantuvieron la duda hasta que la Suprema Corte resolvió de manera definitiva, haciendo jurisprudencia, en el sentido de que después de la muerte del padre sólo podía probarse la filiación natural por la posesión de estado comprobada por el reconocimiento del padre.

Interpretó que en el caso que examinaba la prueba producida contribuía a demostrar que no había existido la tal posesión, además de

43 Buenos Aires, 15/9/1877. Causa CCLXXXVI, *ibídem*, pp. 749-755. Véase también CABRAL TEXO, *Fuentes...*, pp. 102-104.

ser ineficaz aun en la hipótesis de que la filiación natural se hubiera podido comprobar por otros medios que la posesión. Por ello, rechazó la demanda.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital confirmó la sentencia con el voto de Federico Iburguren, Abel Bazán, Filemón Posse, Juan E. Barra y Amancio Pardo. Los camaristas Posse, Pardo y Barra hicieron hincapié en que el Código admitía para demostrar la filiación natural las mismas pruebas que para toda clase de hechos. Barra rechazó la tesis opuesta: el Código

no limitaba la indagación de la paternidad a la posesión de estado [...] lejos de prescribir la ley ningún medio probatorio a ese fin, los autorizaba por el contrario sin la menor restricción desde que el art. 2º, título *De los hijos naturales* admite en la investigación de la paternidad todos los hechos que concurran a demostrarla<sup>44</sup>.

No sólo en Buenos Aires hubo disparidad de criterios acerca de la interpretación del artículo 325. El juez de primera instancia en lo Civil de Corrientes, Benjamín Romero, adoptó el criterio restrictivo en su fallo del 26 de octubre de 1871, que reproduzco íntegro en el Apéndice junto con el de segunda instancia. Juan Gregorio Morel, que al poco tiempo de nacer la hija se había ido a Buenos Aires, donde falleció de fiebre amarilla, era el destinatario de la demanda de reconocimiento.

El fiscal de Cámara, Emilio Díez, opinó que el tribunal podía acceder a la solicitud a pesar de la sentencia del inferior pues “la posesión de estado a favor de los hijos de la solicitante está establecida con las declaraciones recibidas”.

El fallo de la Cámara de Apelaciones, del 10 de octubre de 1872, suscripto por los jueces Fidel S. Cavia, Federico Gauna y Rufino Maldonado, sustentó la misma opinión<sup>45</sup>. Entre los dos criterios en materia

44 Causa XXXVII, sentencia de primera instancia del 15/10/1878 y de la Cámara del 9/8/1882. *Jurisprudencia civil. Fallos y disposiciones de la Exma. Cámara de Apelaciones de la Capital*, 2ª ed., 1ª serie, I, Buenos Aires 1888, pp. 523-538.

45 “Micaela Merino sobre información...”, fs. 10 v.-11 v. y 18-19.

de pruebas, uno amplio y el otro restrictivo, la Cámara se adhirió al primero, por entender que era el conforme con la voluntad del Codificador expresada en el artículo 325 y su nota.

Para tener fundamentos más sólidos sobre la jurisprudencia de los tribunales superiores en la materia habría que ampliar la investigación a las demás provincias.

### *7. Doctrina. Opinión de José María Moreno*

En una causa sobre filiación natural tramitada en Buenos Aires, José María Moreno produjo un sustancioso informe en Derecho que suma elementos de juicio sobre el estado de la cuestión.

La primera Cámara de Apelaciones había establecido que el nacimiento de un menor con las circunstancias de nombre y apellido, paternidad y maternidad, se hallaba acreditado con la partida respectiva. Según Moreno, así tenía que ser si se trataba de la filiación legítima, pero tratándose de filiación natural tal afirmación importaba “un error, convicto y confeso ante las nociones elementales del Derecho en materia de filiación, y ante las disposiciones legales que rigen particularmente a los hijos naturales”.

La ley autorizaba la investigación de la paternidad o maternidad por todas las pruebas que se admitían para probar los hechos y que concurrían a demostrar la filiación natural (Código Civil, art. 2º, título de los hijos naturales). Esos medios de prueba se dirigían a obtener el reconocimiento de los padres por la vía judicial, demostrada la filiación cuando le negaban la condición de hijos suyos.

Al expresar la ley que admitía todos los medios de prueba por que se justificaban los hechos, cuidaba de calificarlos para evitar equivocaciones que inducirían a los más graves errores. La ley precisaba que los hechos debían de concurrir a demostrar la filiación natural, limitando así la aplicación de los medios de prueba a los hechos determinantes de la filiación.

Faltando el matrimonio y la presunción legal que es su consecuencia inevitable respecto de la filiación, faltando además todo signo visible demostrativo de la paternidad, es evidente también que sólo queda como única prueba, como el solo elemento de certidumbre, por peligroso y aventurado que sea respecto de la verdad estricta, el reconocimiento del padre; unas veces emanado de la voluntad libre y claramente manifestada que reviste todos los caracteres de una confesión explícita y espontánea; otras veces presumido e impuesto por la autoridad de la justicia que, declarando los hechos como existentes y probados, obliga al padre a reconocer su verdad en el mismo grado de certidumbre con que aparecen a la conciencia de los magistrados. [...]

[Pero] sean cualesquiera las dificultades que la falta de una forma determinada pueda ofrecer para la decisión de las causas sobre filiación natural, la verdad es, que sólo es posible demostrarla y reconocerla cuando sea posible demostrar el reconocimiento expreso o tácito del padre, su propia confesión, ya sea constante de documento público o privado, ya de hechos que comprueben la existencia de la manifestación de su voluntad; no hay, no ha existido jamás otro medio de prueba [...].

### Opinó que el Código

pudo y debió evitar esas dudas, fuente fecunda de graves perturbaciones en las relaciones de familia y en los intereses sociales, por la incertidumbre del derecho y la consiguiente vacilación de la jurisprudencia. [...] dominado por la idea de que la posesión de estado es la mejor y más fundada de las pruebas en materia de filiación, se ha limitado a sentar el principio, dejando al criterio y prudente arbitrio de los jueces y a las reglas de la doctrina, el encargo de apreciar en cada caso el grado de certidumbre que esos hechos merezcan y la determinación de los principios por que deban dirigirse al juzgarlos.

Llegó a la conclusión de que la ley admitía la prueba de la filiación natural en las condiciones indispensables de toda posesión de estado. “Sólo demostrando los hechos constitutivos de esa posesión podría pre-

tenderse la declaración de paternidad”<sup>46</sup>. Moreno interpretó con amplitud la posibilidad de probar la posesión de estado y con ello se identificó con el pensamiento del Codificador.

### *8. Tesis doctorales de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*

El calor de la discusión se transmitió a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Varias tesis doctorales, anteriores y posteriores a la reforma del Código, fueron dedicadas al tema. La mayoría se pronunció a favor del derecho de los hijos naturales a demandar su reconocimiento, aun después de la muerte del padre, con diversidad de opiniones sobre la prueba que tenían que rendir.

Entre las tesis anteriores, se adhirieron a esa postura, con diferencias en cuanto a los medios de prueba admisibles, David de Tezanos Pinto, Emilio Viale, Martín Meyer, Sixto Fernández, Ángel Mira, Daniel M. Escalada y Justo Gualberto Urquiza. Se opusieron Francisco de Lafuente y José A. García.

A sólo un año de la vigencia del Código, David de Tezanos Pinto abordó el problema. Casi todas las naciones latinas concedían acción a los hijos naturales contra la madre, mas no contra el padre, y esa misma legislación rigió en la República Argentina hasta la promulgación del Código Civil. Sabemos que en realidad no era así. La prohibición de la investigación de la paternidad, declarada como principio, tenía excepciones.

A los fundamentos de la prohibición, que eran evitar pleitos escandalosos (lugar común de la retórica) e incertidumbre de la paternidad, les opuso sus argumentos. También había escándalo cuando se indagaba

46 JOSÉ MARÍA MORENO, *Obras jurídicas del doctor...* Reunidas y publicadas por los doctores Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, I, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1883, pp. 171-238. Una nota consigna que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires falló la causa de acuerdo con las doctrinas expuestas por Moreno.

la maternidad y en muchos otros pleitos, que sin embargo se permitían para evitar escándalos e indecencias de trascendencia mayor. En cuanto a la incertidumbre de la paternidad, para vencerla estaban las pruebas, que si eran evidentes la hacían cierta y autorizaban su declaración. Era injusto descargar en la mujer, la parte más débil, los gastos de la crianza y educación del hijo.

El Código operó un cambio muy grande al facultar al hijo a demandar al padre “inhumano” a que lo reconozca y, en su defecto, a que lo declare el juez, aun después de la muerte del progenitor<sup>47</sup>.

Emilio Viale hizo notar la importancia de la cuestión, que llamaba la atención de “todos los miembros del foro argentino”. Motivo de tanto interés era una sentencia de primera instancia que no había hecho lugar a la declaración pretendida, después de la muerte del padre, la cual se hallaba en apelación. Hasta entonces no había habido discusión, pareciendo “terminante” la doctrina del Código, pero, presentado el caso práctico, surgieron las opiniones opuestas.

Hacer prescribir la declaratoria por muerte de los padres importaba “coartar la iniciativa gloriosa” que le cabía al Código y a la que se habían adherido autoridades tales como Manuel Quintana y José María Moreno. El silencio de la ley acerca de la posibilidad de pedir la declaratoria *post mortem* no debía de interpretarse como una prohibición. La deducción contraria estaría en pugna con el principio de Derecho *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*. La verdadera doctrina era la de Demolombe, a quien había seguido Vélez.

Rechazó el reproche de inmoralidad y onerosidad de la postura afirmativa. Para desvanecer el peligro, repetido como una muletilla, de que en todas las sucesiones cuantiosas se presentaban a disputarlas fingidos hijos naturales, bastaba con ser exigente en la apreciación de la prueba<sup>48</sup>.

47 DAVID DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Pablo E. Coni, 1871, pp. 30-36.

48 EMILIO VIALE, *Estudio sobre hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Universidad de la Capital, 1874, pp. 17-26.

Martín Meyer compartió la tesis de que el silencio de la ley no debía de ser interpretado como negativa del legislador a la investigación tras la muerte de los padres naturales. Una negativa semejante estaría en desacuerdo con las libertades otorgadas en otros supuestos. El Codificador, al habilitar a los hijos naturales con los medios de indagar y probar su origen, se había sustraído de la influencia del Código francés y, obrando con espíritu de justicia, obedecido a motivos de “alto interés social”.

Correspondía a la jurisprudencia llenar o aclarar el vacío u oscuridad que había en el Código sobre el caso de muerte de los padres sin haber reconocido a los hijos. Esperaba que la solución que adoptara fuese favorable a éstos, dados los principios liberales del Código. Hasta entonces se habían pronunciado dos sentencias contradictorias<sup>49</sup>.

A juicio de Sixto Fernández las dudas y disensiones respecto de las pruebas de la filiación natural estaban desautorizadas por las palabras de la ley, los precedentes legislativos, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los juriconsultos. Objeto de la investigación, por todos los medios que permitía el Código, era averiguar si había existido o no el reconocimiento por parte de los padres. Muertos éstos, la acción debía de dirigirse contra los herederos. El derecho de los hijos naturales no dependía del accidente de la muerte. Restringir el alcance de la ley a la vida de los padres importaba desconocer todo el sistema del Código en la materia.

La demostración de la filiación tenía que hacerse por los medios admitidos para probar los hechos, que en ese caso eran los actos del padre constitutivos de la posesión de estado, como lo había interpretado la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. El Codificador procedió en esta materia con “profunda sensatez, conciliando perfectamente las obligaciones que emanan del derecho natural con los respetos y consideraciones que reclama el orden social y la ley civil” y, “aceptando la doctrina más adelantada, ha consignado en la ley la última expresión de la ciencia”. Aunque el Código argentino, como el francés, guardaba

49 MARTÍN MEYER, *Una cuestión sobre filiación natural*. Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1875, pp. 9-28.

silencio respecto de la posesión de estado de los hijos naturales, el silencio tenía su explicación en el artículo 2 *De los hijos naturales* y en la nota que lo acompañaba<sup>50</sup>.

Ángel Mira consideró que el legislador argentino, al permitir la investigación de la paternidad natural, tuvo por mira evitar los fraudes y escándalos que se seguirían en caso contrario ante reclamaciones justas, o que

bajo el nombre santo de la moral y del celo por las buenas costumbres se sacrificaran los derechos de la familia, los derechos personales, cuando precisamente los verdaderos intereses de la moral y la conservación de la familia exigen la salvaguardia y las garantías para la defensa y protección de los derechos más fundamentales y más sagrados del hombre.

Alabó la vista del fiscal de las Cámaras de Apelación Benjamín Victorica, que había negado la posibilidad de atribuir un hijo natural póstumo a un muerto intestado con sólo la prueba testimonial, pero admitido que hubiera sido objeto de posesión de estado o reconocimiento tácito<sup>51</sup>.

Daniel M. Escalada se mantuvo en los términos de la jurisprudencia de la Suprema Corte bonaerense, fallos 286 y 495, según la cual la base de la paternidad natural era el reconocimiento expreso o tácito del hijo, en este caso sólo demostrable por la posesión de estado, demostración admisible aun después de la muerte del padre<sup>52</sup>.

Justo Gualberto Urquiza se declaró “celoso defensor” de la acción de filiación en vida del padre natural. “Sostengo la escuela que admite la investigación de la paternidad en todos los casos y en toda la amplitud marcada por la legislación argentina. Yo no veo los peligros ni el escándalo en que pueda hallarse envuelta la sociedad, y si alguien se ve

50 SIXTO FERNÁNDEZ, *Poseción de estado de hijo natural*. Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879, pp. 21-37.

51 ÁNGEL MIRA, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*. Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879, pp. 35-44.

52 DANIEL ESCALADA, *Estudio sobre filiación natural*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879, p. 50.

sorprendido por una tentativa que tendría por objeto hacerle reconocer un hijo que no le pertenece sabrá defenderse”.

Distinto era cuando la acción se ejercitaba una vez muerto el padre. Para este caso se requerían estrictas formalidades, tales como el reconocimiento por instrumento público y la posesión de estado<sup>53</sup>.

Francisco de Lafuente encabezó la hermenéutica opuesta. Según él, Vélez concedió a los hijos naturales la posibilidad de investigar a sus padres vivos con toda clase de pruebas, pero les prohibió hacerlo una vez muertos, en consonancia con el Código francés y sus comentaristas. Lo contrario era colocar a los herederos en una situación de desigualdad, que los codiciosos explotarían, porque no podrían ser combatidos con suceso. Juzgó moralmente insostenible la doctrina de Demolombe favorable a la investigación *post mortem*<sup>54</sup>.

José A. García, en teoría, elogió por su justicia la solución dada por el Codificador a los hijos naturales no reconocidos, pero al mismo tiempo consideró que, en la práctica, producía los “efectos más tristes y escandalosos” por insuficiencia del texto, que exponía a todos a ser demandados sin razón. En Tucumán, los dos caminos que los demandados tenían para salvarse era probar la coartada o acusar a la madre de relación simultánea con varias personas, pero quienes no podían probar ninguno de los dos extremos estaban forzados a reconocer al pretendido hijo.

No aceptó el uso de la prueba testimonial en las demandas de reconocimiento, por ser una “mercadería que se compra en las puertas mismas de los tribunales de Justicia”. Propuso en su lugar que el reconocimiento fuera voluntario. Descartó por completo el ejercicio de la acción de filiación después de muertos los padres<sup>55</sup>.

53 JUAN GUALBERTO URQUIZA, *Investigación de la paternidad*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879, pp. 34-36.

54 FRANCISCO DE LAFUENTE, *Estudio sobre los hijos naturales*. Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1875, pp. 22-29.

55 JOSÉ A. GARCÍA, *Del reconocimiento de los hijos naturales*. Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1877, pp. 12-32.

La mayoría de las opiniones fueron, por lo tanto, coincidentes con el Código, interpretado en sentido favorable a la admisión de las demandas *post mortem*.

### 9. Ley de fe de erratas del Código

#### a. *Discusión del proyecto en el Senado. Reforma del artículo 325*

El juicio Pérez v. Gazcón mencionado arriba fue famoso en Buenos Aires por haber sentado jurisprudencia sin disidencia alguna y haber inspirado al Congreso la ampliación del artículo 325 del Código Civil, por medio de la ley 1.196 del 9 de septiembre de 1882.

El proyecto inicial de ley de fe de erratas, obra del senador Benjamín Paz, no comprendía el artículo 325. Lo incorporó la Comisión de Legislación del Senado con la propuesta inicial de adicionarle la cláusula siguiente: “Este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”, cláusula que luego substituyó por esta otra: “No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”<sup>56</sup>.

Uno de los miembros de la Comisión, el senador por Santa Fe Aureliano Argento, expuso en la sesión del 5 de julio de 1879 que

por la simple lectura del artículo se comprende que esta clase de gestión que pueden hacer los hijos, para que sean reconocidos como hijos naturales por sus padres, sólo debe hacerse durante la vida de los padres; porque el artículo se refiere tan sólo a estos dos casos: o a que el hijo solicite de sus padres el reconocimiento como hijo natural, o a que una vez que los padres se nieguen a efectuar ese reconocimiento el hijo lo solicite del juez competente.

56 La primera parte del art. 325 mantenía el texto de Vélez. Todo el artículo fue derogado por la ley 23.264 de 1985, art. 18.

Consideraba que el artículo era claro, pero como se suscitaron dudas en los tribunales de varias provincias y de la Nación, y por esa causa se dictaron resoluciones contrarias, la Comisión creyó conveniente aclarar el sentido. Algunos tribunales de provincia admitieron que se probara la filiación natural después de la muerte del padre, y pusieron a la viuda o a sus hijos legítimos en la “dura necesidad de tener que defender a su deudo finado sin tener a la mano muchos de los medios de prueba de que hubiera podido hacer uso en vida”.

Con la exigencia de la prueba de posesión de estado, la Comisión no pretendió negar la facultad que tenían los hijos naturales de probar su filiación. Se trataba de

probar el reconocimiento de la filiación natural efectuado durante la vida del padre, bien sea por actos que este mismo ha ejecutado en vida, que importen la posesión de estado, o bien sea habiendo presentado a su hijo ante la sociedad o ante sus amigos, reconociéndolo como tal, o permitiéndole llevar su apellido etc.

La impugnación del proyecto estuvo a cargo de Manuel D. Pizarro, quien se inclinó a mantener el artículo tal cual estaba y a no limitar el ejercicio de la acción de reconocimiento a la vida del padre. Por el Código, y a diferencia de la legislación antigua, eran hijos naturales los habidos de padres que al tiempo de tenerlos podían casarse. Esos hijos tenían derechos sucesorios que, muerto el padre, podían reclamar, obteniendo así el reconocimiento judicial previa constatación de la filiación.

Si se limitaba el ejercicio de la acción a la vida del padre se ponía en contradicción esa disposición con todas las referentes a la sucesión de los hijos naturales o ilegítimos, cuyos derechos sucesorios no dependían del reconocimiento “voluntario”, y podían ejercerse en virtud de un reconocimiento “necesario”.

Al principio se suscitaron algunas dudas acerca de la inteligencia del artículo y se dictaron resoluciones contradictorias en tribunales de provincia. Pero la jurisprudencia ya estaba completamente hecha con el triunfo del criterio amplio.

Como presidente del Superior Tribunal de Santa Fe le cupo fallar la primera causa de esa naturaleza suscitada en la provincia. Sus colegas del Tribunal, primero disidentes, se adhirieron más tarde a su doctrina. Argentó le acotó que en dos casos posteriores se resolvió lo contrario. En Buenos Aires se dio la situación inversa: la jurisprudencia era contraria y la “jurisprudencia práctica” reaccionó en sentido opuesto.

A quienes alegaban la imposibilidad de que muerto el padre se pudiera disponer de pruebas suficientes para impugnar los hechos, les respondió que quien tenía que demostrar su valor era el hijo natural. Toda la prueba estaba a su cargo; los herederos del padre no tenían nada que probar.

Argentó volvió a tomar la palabra para aclarar que “no tratamos aquí de hacer ninguna clase de corrección a las disposiciones del Código, sino de establecer una interpretación auténtica”. Con la doctrina del senador Pizarro

vendría por tierra el artículo 2º del mismo Código [...] los casos a que hace referencia el artículo, son precisamente aquellos en que un hijo natural tiene derecho a solicitar el reconocimiento de sus padres, o de pedirlo al juez, en el caso que éstos se nieguen al reconocimiento, y en uno y otro caso la ley presupone la existencia de los padres, o de uno de ellos cuando menos.

Si el artículo quedaba tal como estaba no moriría ningún hombre rico sin que le salieran varios hijos naturales, defraudando los derechos de los herederos legítimos y colocando a la viuda y a los parientes en la necesidad de “defender la honra del finado”.

Atribuyó a Vélez Sarsfield, por relato que le hicieron los senadores por Catamarca Molina y Gordillo, haber dicho que “el que pretenda que por el artículo 2º, después de la muerte del padre, se puede demandar el reconocimiento de un hijo natural, no sabe lo que tiene entre manos, no sabe leyes”. Consideró que la opinión atribuida al Codificador era de dudosa veracidad a la luz de sus declaraciones públicas.

Aristóbulo del Valle habló a continuación. Si el artículo del Código estaba claro en el sentido de las ideas o en el concepto de Argentó, “¿por

qué proponer su explicación? Puede explicarse lo que está confuso; no se explica lo que está claro”. Si existía el peligro de una mala interpretación, la jurisprudencia fijaría la verdadera, como sucedía con todas las disposiciones legales y con todos los códigos del mundo. Cuando el legislador concedía a los hijos naturales el derecho a la sucesión de sus padres ¿cómo se les podía negar en el hecho?

Al argumento de que en la generalidad de los casos podía probarse la posesión de estado y deducirse la acción antes del fallecimiento, respondió negando que fuera así. En la generalidad de los casos no podía probarse la posesión de estado porque se trataba de relaciones que no se confesaban. Si se sancionaba el artículo en la forma que proponía la Comisión todos los derechos que la legislación argentina daba al hijo natural serían “letra muerta en la generalidad de los casos”.

Se detuvo a considerar la situación del hijo póstumo, para quien sólo era posible deducir la acción de reconocimiento *post mortem*.

Los vínculos que unían al padre con el hijo eran vínculos que nacían de la naturaleza misma, vínculos señalados como reglas que reconocían el corazón y la misma ley. Su existencia no podía subordinarse a circunstancias completamente accidentales, como era que el nacimiento se hubiese producido quince días antes o quince días después del deceso del padre.

Según Del Valle la solución debía de darla la jurisprudencia:

que cada Tribunal vaya estableciendo su juicio sobre las disposiciones que haya aplicado de este Código, y después que esto se haya hecho durante diez, quince o veinte años, entonces sabremos cuáles son los males y los inconvenientes sociales que necesitamos remediar modificando el Código.

El debate continuó en la sesión siguiente, del 10 de julio.

Gerónimo Cortés, miembro también de la Comisión, juzgó que la materia acerca de la cual se discutía era “una de las más importantes y trascendentales”, porque rozaba directamente “la paz del hogar, la tranquilidad de las familias y la ventura misma de la sociedad”.

Juzgó de conocimiento general que la disposición del artículo, combinada con la que declaraba a los hijos naturales herederos forzosos del padre junto con los legítimos, el cónyuge y los ascendientes, estaba “produciendo en toda la República un gran cúmulo de pleitos, las más veces injustos y casi siempre escandalosos”.

El Derecho romano, el canónico y el de las Partidas permitían la indagación de la paternidad, y aun aceptaban todo género de pruebas, si bien limitaban el derecho del hijo natural a los alimentos. Las leyes de la Recopilación Castellana exigían, por regla general, el reconocimiento del padre, cualquiera fuese la manera de verificarlo, llegando hasta prescindir enteramente de ese requisito cuando las relaciones de los padres habían sido públicas y manifiestas.

El Código Napoleón reaccionó, “tal vez más allá de lo que era equitativo y justo”, contra la legislación revolucionaria que había equiparado a los hijos naturales con los legítimos, prohibiendo absolutamente la indagación de la paternidad y no admitiendo otras pruebas de la filiación de los hijos naturales que el reconocimiento del padre hecho en un instrumento público. Demolombe acusó de inconsecuencia al Código porque mientras aceptaba la confesión expresa del padre rechazaba la confesión tácita que resultaba de la posesión de estado.

Vélez Sarsfield mantuvo el reconocimiento del padre, pero si éste no lo hacía dio acción al hijo para exigirlo por medio del juez; le permitió alegar la posesión de estado como prueba de la filiación. Más aún: retrogradando al Derecho de Partidas y al Derecho romano, ni siquiera eso requirió, porque le permitió aducir todo género de pruebas.

[...] es peligrosísimo recurrir a otro género de pruebas en comprobación de la filiación –sostuvo–, porque esas pruebas pocas veces producirán certeza moral, y son meras probabilidades que fácilmente pueden inducir a error. [...] no obstante que se puede admitir todo género de pruebas en vida del padre, no conviene ir más allá y admitirse también aunque éste haya fallecido, porque esto no solamente sería peligroso, sino manifiestamente injusto.

Cabía la posibilidad de que la familia legítima ignorara todos los antecedentes y se encontrara en la absoluta imposibilidad de defenderse.

Lo que la Comisión proponía era que cuando un hijo hubiese de deducir acción de filiación contra los herederos del padre muerto no bastara para justificar su derecho con una mera presunción y tuviese que probar la existencia de la posesión de estado. Era la doctrina de Demolombe invocada por Vélez en la nota.

El hijo póstumo podía accionar desde que estaba concebido, “porque al niño que todavía se encuentra en el vientre de la madre se le tiene por nacido en todo lo que le aproveche”. La posesión resultaría en tal caso de los cuidados prestados a la madre y de providencias tomadas a favor del hijo. La Comisión no era injusta con el hijo póstumo; “si queda en peores condiciones, esas condiciones le vienen de la naturaleza misma, no de la ley [!]”.

Según Pizarro el proyecto negaba completamente la acción de filiación después de muertos los padres. Propuso modificarlo para que dijese que “admite la acción aun después de muertos los padres, si bien circunscribe la prueba en este caso a la posesión de estado”. La opinión de Cortés era que decía precisamente eso.

Como no era necesario el reconocimiento del padre para que el hijo fuera natural –continuó Pizarro–,

el doctor Vélez no podía en caso alguno limitar esta prueba a la posesión de estado, y consecuentemente con las condiciones legales que establecen la filiación natural, debió decir, como dice en el artículo en discusión, que esta cualidad podía probarse por cualquiera de los medios de prueba que la ley establece para probar los hechos.

En ese punto se separó de la legislación española anteriormente vigente.

Si la filiación natural dependía pura y exclusivamente del hecho de la generación, y en manera alguna del reconocimiento paterno, la prueba no debía de comprender esta circunstancia de todo punto extraña, y había de limitarse al hecho de la generación que fundaba la acción y confería la filiación natural.

Del Valle rechazó el argumento del interés moral y perturbación de las familias. En realidad

se trata de defender intereses materiales de los herederos del padre y, entonces, yo digo, puesto en esta disyuntiva, entre favorecer los herederos quizá remotos, personas que quizá no tienen vínculo alguno con el causante de la sucesión, favorecer a estos herederos, privándole al hijo natural el derecho de gestionar el reconocimiento de su filiación y acordarle a este hijo natural ese derecho cuando todas las dificultades de la prueba van a estar a su cargo, cuando el juez no lo va a declarar tal hijo sino ante la evidencia que se presente como el resultado del cúmulo de datos, circunstancias y antecedentes que tengan que producir su convicción moral; yo digo, entonces: no estando a cargo de los herederos la prueba, no hay inconveniente ninguno en que este principio se sancione, y ni aun he pedido que se sancione, he dicho: déjese el código tal como está. [...]

Los señores senadores se escandalizan de que se susciten pleitos por la pretendida filiación natural, y ¿por qué no se escandalizan de esto, [...] de que los padres niegan sus hijos y que mueren sin reconocerlos y sin darles la posesión de estado? [...] lo menos que podemos reconocerle al hijo natural, que no tiene culpa alguna en el origen de su filiación, es el derecho de probarla,

rubricó Del Valle.

Cortés intervino nuevamente para expresar, entre otros conceptos, que un testigo podía declarar acerca de la posesión de estado de un individuo, diciendo que el padre le había revelado que era su hijo, que lo alimentaba y educaba etc., podía estar cierto de estos hechos, pero “nadie podrá declarar a ciencia cierta si una persona es efectivamente el padre de otra, porque estas cosas no caen bajo los sentidos; la paternidad es un secreto que se oculta en el misterio, y su demostración es una prueba imposible”.

Agotado el debate, y sometido a votación el proyecto de reforma, fue aprobado con trece votos afirmativos<sup>57</sup>.

*57 Congreso Nacional. Diario... Cámara de Senadores. Año 1879, pp. 135-142 y 144-159.*

*b. Discusión en la Cámara de Diputados*

La Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados<sup>58</sup> se apartó del texto del Senado y propuso en su reemplazo el siguiente: “Muerto el padre o la madre, los hijos naturales podrán entablar la acción de filiación, siempre que haya posesión de estado o alguna prueba por escrito que importe por sí sola el reconocimiento de la paternidad o maternidad”. Ángel D. Rojas fundamentó la propuesta.

Juan E. Serú defendió el texto del Senado y rechazó el nuevo. La Cámara alta estableció la

doctrina reconocida casi uniformemente en la práctica de nuestros tribunales: que la investigación de la paternidad o de la maternidad sólo puede hacerse durante la vida de los padres [...] y ha añadido esta segunda cláusula por la cual se determina que después de la muerte de los padres no podrá solicitarse el reconocimiento sino justificando la posesión de estado.

La Comisión ha ido todavía un poco más allá, y lo ha hecho, introduciendo una modificación en el mismo Código [...]. Puede ser un principio muy sano y muy moral que la Comisión introduce y quizá puede responder a propósitos mismos del legislador; pero observo que ésta no es la jurisprudencia constantemente establecida por nuestros tribunales.

Temió que la reforma asumiera alguna gravedad al afectar pleitos pendientes y tener efecto retroactivo a hechos consumados, si la Cámara determinaba que era simplemente una aclaración o interpretación del artículo del Código. Aun cuando le parecía que la Cámara podía llegar hasta corregir algunos artículos cuyo significado no estuviese en armonía con el cuerpo de doctrina mantenido en el mismo Código, no creía prudente que hiciera

58 La Comisión estaba formada por José C. Paz, Ángel D. Rojas, Rafael Ruiz de los Llanos, Bernardo Solveyra, Isaac M. Chavarría, Carlos L. Marengo, Luis Lagos García, Mariano Demaría y Manuel de T. Pinto.

un cambio radical en una doctrina mantenida por el Código Civil, sino en casos que hubiesen razones de un orden tan evidente y manifestadas así por la práctica de nuestros tribunales, que hubiesen reclamado urgentemente del legislador ocuparse de esta parte del Código para introducir la innovación, cuya reforma se hubiese hecho sentir por las necesidades prácticas.

A su juicio, la doctrina del Código había sido interpretada

por la práctica de los tribunales, en cuanto se refiere a la facultad dada a los hijos ilegítimos [dice: “legítimos”] para investigar la paternidad: la investigación de la paternidad puede permitirse sólo durante la vida de los padres, y después de la muerte de éstos sólo puede comprobarse un reconocimiento anterior, es decir, justificar ante el juez que ha habido posesión de estado.

Nuestro Código, usando, sin duda, de doctrinas más protectoras a favor de los hijos naturales, y apartándose un poco de nuestra legislación anterior, ha establecido esta doctrina, a mi juicio, consultando principios de moral destinados a mantener la armonía en la familia y el orden mismo en la sociedad, y no creo que se haya sentido entre nosotros mismos la necesidad de ampliar todavía más esta facultad dada a los hijos naturales.

Rojas retomó la palabra para responderle. Si no había comprendido mal, según Serú el Código disponía que después de la muerte del padre los hijos naturales sólo podían acreditar su reconocimiento en juicio justificando la posesión de estado. Y agregó:

Doctrina contraria es la que domina en los tribunales; se ha juzgado que el reconocimiento de la filiación puede intentarse después de muerto el padre, usando, en este caso, de todos los medios de prueba que el artículo 2º “De los hijos naturales” concede a los que tales se llamen, para que los jueces declaren en juicio su estado, esto es, que pueden acreditarlo, no solamente con la posesión de estado, sino también por medio de instrumentos públicos o privados, más aún, por testigos; y así hemos visto

fallos, después de muerto el padre, que han sido fundados solamente en prueba testimonial.

Amplió su pensamiento en la última sesión:

El Código no admite, después de muerto el padre, que el hijo pueda acreditar su estado y comprobarlo, justificando solamente la posesión de él, puesto que, habiendo un hecho anterior auténtico de reconocimiento, el hijo natural en cualquier época, en cualquier circunstancia, haya o no muerto el padre, puede justificar su reconocimiento, porque el reconocimiento es por sí un hecho ya irrevocable, y los hechos no se revocan desde que una persona puede evidenciar ante el juez que el hecho del reconocimiento existe; no hay ley, no hay juez, no puede haber tribunal alguno que proceda equitativamente al rechazar al individuo que dice: Yo he sido reconocido, y únicamente pido que se me admita la comprobación de este reconocimiento ante la justicia.

En concepto de la Comisión, la reforma propuesta por el Senado no satisfacía todas las exigencias, como sí lo hacía la suya, que permitía acreditar el reconocimiento con una prueba “literal”, pero de ninguna manera por medio de testigos.

Tristán Achával Rodríguez se manifestó contra la limitación. El proyecto de la Comisión decía algo menos que el Senado pues, al mismo tiempo que admitía la acción de filiación después de la muerte de los padres en caso de posesión de estado, disponía que el reconocimiento no podría demostrarse sino por medio de la prueba literal. Al restringir los medios de prueba introducía una innovación fundamental, e injustificada, en la doctrina del Código.

Propuso que la cláusula en cuestión dijera lo siguiente: “No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres; pero en todo caso podrán aquéllos acreditar el reconocimiento hecho por los padres durante su vida”. La moción fue rechazada.

La Cámara se pronunció a favor del texto de la Comisión, pero vuelto el proyecto al Senado éste se mantuvo en el suyo y fue ley<sup>59</sup>.

Así se consumó la regresión en materia de derechos de los hijos naturales no reconocidos, so capa de interpretación o aclaración de la mente del Código, en última instancia del pensamiento del Codificador. En realidad, como se dijo, los reformadores hicieron causa común con una de las dos tesis en que estaban divididas la doctrina y la jurisprudencia: la menos conforme con el interés legítimo de los hijos. Un falso concepto de la moral y del honor, difundido en la élite, y un supuesto principio de Derecho natural que privilegiaba la figura del padre en las relaciones domésticas, se impusieron a quienes asumieron la defensa de la parte más débil de la relación: la descendencia ilegítima. Sin olvidar que los beneficiarios de la exclusión fueron los herederos legítimos del padre, dueños únicos de la herencia en tal caso.

### 10. *Jurisprudencia posterior a la reforma*

La jurisprudencia, en base al artículo reformado, determinó que, muerto el padre, sólo podía justificarse la filiación natural con el reconocimiento expreso o el tácito significado por la posesión de estado<sup>60</sup>. Ésta debía de justificarse plenamente, pero no era indispensable comprobar la presencia de los tres elementos clásicos: *nomen, tractatus, fama*. Todos los medios de prueba eran admisibles.

La propia Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. El juez letrado de Posadas, D. Quiroga, había rechazado una demanda al sostener que la paternidad debía de probarse por certificados extraídos de los registros públicos y “sólo en su defecto” admitirse la prueba supletoria que se ofrecía sin que se hubiera hecho constar el

59 *Congreso Nacional. Diario... Cámara de Diputados. Año 1881*, sesiones del 20, 25 y 30/7/1881, pp. 550, 553, 600-606 y 618.

60 AUGUSTO CARETTE, *Diccionario de la jurisprudencia argentina o síntesis completa de las sentencias dictadas por los tribunales argentinos*, Buenos Aires, Lajouane & Cía., 1907-1912, 5 vols, II, pp. 212-214, n° 55, 58-60, 65-67, 69, 72-74, 76-78, 80, 82.

defecto. La Corte, con el voto de Abel Bazán, Octavio Bunge y Juan E. Torrent, revocó el auto “admitiéndose para la justificación de la filiación natural todo género de pruebas que tiendan a demostrarla por medio de la posesión de estado, cuando aquélla no se comprobare por reconocimiento auténtico de los padres”<sup>61</sup>.

El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes resolvió que, deducida la acción de filiación natural después de la muerte del supuesto padre, sólo la prueba de la posesión de estado podía autorizar la declaración, la cual prueba debía de ser de tal evidencia que no dejara en el ánimo del juez la menor duda de la filiación y de la voluntad que hubo de reconocer al hijo, traducida en actos inequívocos, constantes y públicos<sup>62</sup>. En otra oportunidad precisó el mismo Tribunal: “no bastando, en consecuencia, la conformidad de la parte demandada, para que se pronuncie dicha declaración por los jueces”<sup>63</sup>.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital, compuesta por Federico Ibarguren, Filemón Posse, Abel Bazán, Jorge Damianoviche y Salustiano J. Zavalía, resolvió que la posesión de estado se establecía por una reunión suficiente de hechos que indicaban la filiación y parentesco entre un individuo y la familia a la cual pretendía pertenecer, bastando la justificación del trato y la fama, sin que fuera indispensable el nombre. Bazán señaló que el Código no establecía cuáles eran los hechos con que debía probarse la posesión de estado y que Vélez sólo quiso dar ejemplos y no fijar la doctrina de que tan sólo con la reunión de todos esos hechos podía probarse, opinión la suya coincidente con la de los comentaristas del Código francés<sup>64</sup>.

También dijo la Cámara que la posesión de estado del hijo natural no era más que el conjunto de hechos que probados llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de la filiación, sin necesidad de que

61 Fallo del juez letrado del 8/4/1896 y de la Corte del 4/3/1899. *Fallos...*, LXXVII, causa LV, pp. 278-279.

62 CARETTE, *Diccionario...*, II, pp. 212-213, n° 58.

63 *Ibidem*, p. 212, n° 57.

64 Causa CCVI, sentencia del 16/8/1883. *Jurisprudencia civil...*, 2ª ed., serie 1ª, III, pp. 471-489.

fueran “públicos y notorios”, como exigía la ley para la declaración del hijo legítimo<sup>65</sup>.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santa Fe dispuso, por su parte, que

la filiación natural, después de la muerte del padre sólo puede probarse por la posesión de estado, la que consiste en un conjunto de hechos que fijan de una manera indubitable una relación de filiación entre una persona y otra e implican una prueba tan acabada como el reconocimiento expreso contenido en un documento público o auténtico; estos hechos son los que abarcan el concepto jurídico de *nomen, fama et tractatus*, o sea la presentación del hijo como tal, el uso del nombre y la prestación de cuidados y alimentos<sup>66</sup>.

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba participó de la misma doctrina:

la prueba de la posesión de estado debe ser tal, que forme la conciencia del juez, sin dejarle duda sobre el carácter que se atribuye al pretendido hijo natural; las simples declaraciones de reconocimiento verificadas por el padre no bastan para tener por comprobada la posesión de estado<sup>67</sup>.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital insistió con que “las manifestaciones aisladas de cariño y las dádivas” no podían importar la posesión de estado de hijo natural, que la ley exigía para tal declaración, después del fallecimiento del causante, y exigiéndose la posesión de estado para probar la filiación natural, los “hechos inductivos de la paternidad” carecían de valor. Pero también declaró que justificada la posesión de estado, debía declararse la filiación, aun cuando el padre natural hubiera omitido hacer tal reconocimiento en el testamento<sup>68</sup>.

65 CARETTE, *Diccionario...*, II, p. 215, n° 94.

66 *Ibíd.*, p. 213, n° 59.

67 *Ibíd.*, p. 213, n° 60.

68 *Ibíd.*, p. 213, n° 70; p. 214, n° 73, y p. 215, n° 87.

## II. *Doctrina. Tesis doctorales*

La doctrina argentina, al compás de la que predominaba en Europa, fue relativamente amplia en permitir la investigación de la paternidad natural dentro de los límites trazados por la reforma. José Olegario Machado justificó el nuevo artículo 325, porque los herederos se encontraban “desarmados contra las asechanzas de los especuladores, que disponiendo del testimonio de personas buscadas en los bajos fondos sociales, podían fácilmente crear [...] contra los herederos hijos naturales” que jamás hubieran aparecido en vida del padre.

No obstante, consideró incompleta la reforma, porque sólo contemplaba uno de los aspectos de la cuestión. Aseguraba a los herederos legítimos la pacífica posesión de la herencia y olvidaba a quienes no podían pedir su reconocimiento. Desconocía la verdad de los hechos, tal como sucedían en la sociedad. Por falta de posesión de estado, que “dadas nuestras costumbres raras veces se encontrará”, los privaba de sus evidentes derechos<sup>69</sup>.

Baldomero Llerena opinó que la prueba de la posesión de estado, cuando el reconocimiento del padre se pedía después de su muerte, consistía en demostrar que el hijo había sido reconocido. No pedía, como cuando entablaba la acción en vida del padre, que el juez le concediera el estado de hijo natural, sino simplemente que le diera “fuerza jurídica, diremos así, a una declaración preexistente”; que el mismo estado, que el padre le había otorgado ante la sociedad, le diera el juez ante la ley. Poco importaba la forma del reconocimiento; lo esencial era que hubiera existido y que se pudiese probar de una manera indudable<sup>70</sup>.

El interés por el tema se mantuvo en la Universidad de Buenos Aires. Puede decirse que se intensificó, si consideramos el número de tesis presentadas en los años que siguieron a la ley de fe de erratas hasta

69 JOSÉ OLEGARIO MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1898, I, pp. 325, 600 y 602.

70 BALDOMERO LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 2ª edic., Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1899, II, pp. 126-127.

1905. Salvo la recepción de la novedad que presentaba el artículo, los términos del debate y la posición mayoritaria no variaron.

José E. Robert opinó que contra el padre natural vivo podían usarse todas las pruebas, porque estaba en condiciones de defenderse, pero después de su muerte la única prueba admisible era la del reconocimiento expreso o tácito. Se podía decir, sobre la posesión de estado, “que una persona nos reveló que tal hijo era suyo, que en tal calidad le alimentaba y le hacía educar, que le presentó a la familia y a la sociedad, y que le concedió el uso de su apellido; pero nunca se podrá decir que fulano es el padre de tal hijo”. Pero negarle al hijo póstumo, que había obtenido la posesión de estado, el reconocimiento era “una injusticia irritante”<sup>71</sup>.

Según Sotero F. Vásquez, la admisión de la investigación de la paternidad era una “conquista de la que podemos vanagloriarnos”. Sin embargo, la permisión de toda clase de pruebas había dado margen a pleitos sin fin y a que fortunas de hombres honrados fueran presa de mujeres ambiciosas (argumento éste convertido en muletilla), supuesto hecho que los críticos no se tomaron la molestia de probar. El Código argentino estaba “en el buen camino”, pero el artículo 325, combinado con el 3577, que declaraba a los hijos naturales herederos forzosos del padre, necesitaba restringirse o aclararse para evitar fraudes, controversias y escándalos. Aprobó la corrección del Código, hecha de acuerdo con la doctrina de Demolombe<sup>72</sup>.

Julio Arias reconoció la dificultad que presentaba muchas veces la prueba de la paternidad, pero la desestimó como argumento para negar la acción. Si se aceptaba la negativa había que renunciar a todos los derechos de difícil prueba. La acción de reconocimiento procedía exclusi-

71 JOSÉ E. ROBERT, *Hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1883, pp. 17-31.

72 SOTERO F. VÁSQUEZ, *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el Código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1884, pp. 73-88.

vamente en vida del padre, única persona capaz de poner de manifiesto la mala fe del accionante, si ésta existía. Criticó la exigencia de la posesión de estado, no siempre posible. La muerte, demencia, ignorancia, ausencia u otra causa que afectara al padre dejaría al hijo sin posesión de estado e impedido de reclamar sus derechos<sup>73</sup>.

Wenceslao Frías se concentró en el análisis de la prueba de la posesión de estado. La ley, con razón, no la redujo a puntos determinados, para facilitarle al hijo la demostración de su filiación. Reconoció, sin embargo, su peligrosidad y dificultad, por el riesgo que había de que se tomara como acto de reconocimiento al que no lo había sido para el autor<sup>74</sup>.

Antonio Robirosa, ardoroso defensor de los derechos de los hijos naturales, sostuvo la necesidad de buscar remedio a la plaga social de suicidios, muertes y abandonos. Uno de ellos era, precisamente, la investigación de la paternidad. Había que obligar al padre a, por lo menos, darle a la madre una subvención pecuniaria que le permitiera criar al hijo. La prohibición de la investigación tenía en Francia perniciosas consecuencias, según “los más rigurosos datos estadísticos”. La experiencia demostraba que en todos los países prohibicionistas el número de hijos naturales era mayor.

No es justo, no es equitativo, privar al hijo del derecho de indagar su origen. El autor de un hecho debe responder de sus consecuencias –sentenció– y este axioma jurídico se nos presenta en toda su fuerza cuando se trata de la generación. Está en la naturaleza humana la necesidad de una protección, protección que debe dispensarse desde el nacimiento del niño, y aun antes, y que por el derecho natural y positivo corresponde prestarla a los padres.

Era “absurdo e inicuo” hacer pesar sobre los hijos las consecuencias de las faltas de los padres.

73 JULIO ARIAS, *Los hijos naturales ante el Derecho. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1889, pp. 35-37.

74 WENCESLAO FRÍAS, *Hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1890, pp. 28-29.

La ley no debía de librar el ejercicio del derecho a la filiación al capricho del padre. No otra cosa sería condicionarlo a su reconocimiento expreso o a la posesión de estado “como quieren algunos”. El legislador no había pensado en prescindir de otras pruebas. Si esta tesis se pudo sostener antes de la modificación del artículo 325, después pasó a ser imposible<sup>75</sup>.

Valentín Luco abogó enfáticamente por los derechos de todos los hijos ilegítimos, no sólo los naturales, y para ello desnudó la hipocresía que se ocultaba tras la negativa fundada en una supuesta defensa de la moral. “... no es cerrando los ojos para no ver [...] la gangrena de la inmoralidad que se cura esa llaga social; no es garantiendo la impunidad de la falta so pretexto de cubrir exterioridades, que se debe combatir el vicio”. Denunció a quienes, con el pretexto de santificar el matrimonio, hacían de los hijos naturales unos parias, en violación de los “preceptos inmutables del Derecho natural”. Reprobó asimismo a quienes pretendían equiparar la familia ilegítima a la legítima.

La norma velezana era “acertadísima” y estaba a la altura de la ciencia. Sin embargo, la variedad de jurisprudencias existentes sobre esta materia hacía pensar que la ciencia no había pronunciado aún la última palabra. Después de la reforma del artículo no cabía duda que la prueba de la filiación natural en vida de los padres no se limitaba a la posesión de estado. Comprendía todos los hechos que concurrían a demostrarla. En cambio, tras su óbito era la única prueba. Los jueces no debían de exigir la concurrencia de todos los hechos que constituían la posesión: *nomen, tractatus* y *fama*, bastando —pensaba como Jerónimo Cortés— con los suficientes para demostrar el reconocimiento del padre<sup>76</sup>.

Julio Pellicer, apadrinado por Leandro N. Alem, consideró que las leyes argentinas sobre hijos naturales eran más benignas que la generalidad de las extranjeras. La doctrina del Código francés, vivamente criticada por distinguidos jurisconsultos, estaba en abierta contradicción

75 ANTONIO ROBIROSA, *Filiación natural. Su indagación y reconocimiento. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1891, pp. 17-28.

76 VALENTÍN LUCO, *Filiación natural, tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1891, pp. 14-42.

con el pasado y por eso había sido abolida en todos los pueblos de la Europa “civilizada”.

En la prueba de la posesión de estado distinguió la jurisprudencia de los tribunales de la provincia de Buenos Aires de los de la Capital: los primeros exigían la concurrencia de los tres requisitos tradicionales, mientras que los segundos no. La Cámara de lo Civil dijo en la causa 288 que era bastante para demostrar la posesión de estado el “conjunto de probanzas capaces de producir en el ánimo del magistrado el convencimiento de que aquel que pretende ser reconocido judicialmente como hijo natural ha sido también reconocido y tenido como tal durante la vida del padre”<sup>77</sup>.

Romeo F. Bianchi, partiendo de la premisa del derecho que tenían los hijos naturales a ser reconocidos por sus padres, destacó la conquista hecha por el Código argentino al permitir la indagación de la paternidad, contra lo dispuesto por casi todos los códigos europeos, cuyas teorías refutó con “sana crítica y elevado criterio filosófico”.

Ante las numerosas dificultades que se presentaban para probar la filiación natural, el legislador admitió, en vida de los padres, todas las pruebas capaces de probar los hechos. La prueba testimonial era peligrosa, pero también indispensable. Muerto el padre, sólo quedaba la posesión de estado porque de otro modo “la inmoralidad y el escándalo llegarían a su colmo”<sup>78</sup>.

Antonio Busco calificó de “inmoral e inhumana” la ley que hacía al padre árbitro del reconocimiento del hijo. Antes de 1882 se dudaba si los hijos naturales podían demandar el reconocimiento después de fallecidos los padres y si para iniciar la acción tenían que contar con la posesión de estado. Con el agregado hecho al artículo 325 el punto quedó resuelto en el sentido de su absoluta necesidad. Pero no era nece-

77 JULIO PELLICER, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1895, pp. 15-30.

78 ROMEO F. BIANCHI, *Hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1897, pp. 45-62.

saría la reunión de todos los elementos de la posesión, tal como decían el Código francés, sus comentaristas y el fiscal Jerónimo Cortés<sup>79</sup>.

Alfredo Ardoino Posse se declaró asimismo a favor de la investigación de la paternidad, la importancia de la posesión de estado y su condición *sine qua non* en el caso del fallecimiento de los padres<sup>80</sup>.

Federico Lozano refutó los argumentos con que se atacaba la investigación. Los abusos que podía haber no eran causa suficiente para que el legislador no la sancionase. En todo caso debía de procurar extirpar los males que la afectaban. El codificador, apartándose de las “antiguas y vulgares preocupaciones”, puso en manos de los hijos naturales los medios para hacer valer y respetar sus derechos, rodeándolos de suficientes garantías para que no fuesen ilusorios. El agregado al artículo fue indispensable para cortar los innumerables pleitos que suscitaban “especuladores indignos o mujeres audaces”<sup>81</sup>.

Axel Fernández Almirón atribuyó al Codificador (como si antes no hubiera sido así) la aplicación a la paternidad y maternidad de todos los medios de prueba admitidos para acreditar los hechos. En consecuencia, la paternidad dejaba de ser el “agente misterioso e irresponsable que arroja la piedra y se esfuma”. Todos los medios de prueba, pero en vida de los progenitores. ¿Era posible la indagación después de muerto el padre?

El agregado al artículo 325 se juzgó necesario a raíz de “unos cuantos” fallos contradictorios en los tribunales provinciales y el “socorrido argumento” de la tranquilidad de la familia. Pero él lo cuestionó porque no era el texto de Vélez el que minaba la tranquilidad de la familia sino las pretendidas fuentes del Código. Demolombe no era una opinión válida para reformarlo. Lo que el Código decía y quería era que el hijo natural no encontrase cerradas las puertas de la justicia para el ejercicio de su derecho. Si a la comisión reformadora le parecía oscuro el artícu-

79 ANTONIO BUSCO, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1901, pp. 31-49.

80 ALFREDO ARDOINO POSSE, *De los hijos naturales. Tesis*, 1905, manuscrita, sin foliar.

81 FEDERICO LOZANO, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1905, pp. 26-32.

lo 3577, que trataba del derecho sucesorio del hijo natural, y hasta en contradicción con su nota, ése era el artículo que debió de enmendar y no el 325<sup>82</sup>.

Frente a la amplia mayoría de tesis favorables a la indagación, sólo dos se pronunciaron en contra, con argumentos que evidenciaban la confusión padecida por sus autores en materia de moral y de justicia.

Eduardo Gaffarot justificó la negativa con que era “muy dudoso, por no decir imposible, desvanecer el misterio que cubre el hecho”. Por esa razón había que evitar un “escándalo inútil”. Si en situaciones tales como la violación y el adulterio, tipificados como delitos, existía interés público en la averiguación y el castigo, no sucedía lo mismo, por regla general, con la paternidad natural<sup>83</sup>.

Manuel Farizano Gómez se opuso también, con una ceguera y énfasis inéditos.

La prohibición de indagar la paternidad o maternidad natural –aseveró– no nace como cree el Dr. Vélez Sarsfield de la inmoralidad o escándalo del juicio, ni de la facilidad o dificultad de la prueba, ni el carácter social de la posesión de estado, sino única y exclusivamente de que establecido por la ley un sistema y régimen determinado de organización legal de la familia, no es concebible la admisión legal de hechos o derechos que violentan, se oponen y destruyen el sistema del legislador [parecía no ver que esos derechos también formaban parte del sistema]; nace de que en la esencia de la ley civil sólo entra y sólo puede entrar como potencia aquello que sea un principio de orden público, de justicia y de moral social; nace de que un hecho ilícito, el mal y la corrupción no deben ni pueden convertirse en derecho<sup>84</sup>.

82 AXEL FERNÁNDEZ ALMIRÓN, *Reconocimiento de los hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1905, pp. 54-60.

83 EDUARDO GAFFAROT, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1884, p. 22.

84 MANUEL FARIZANO GÓMEZ, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1898, pp. 27-28.

## 12. Conclusión

El derecho castellano-indiano admitió la indagación de la paternidad natural, aun *post mortem*, no por disposición legal, pero sí por interpretación jurisprudencial. Se llegó hasta reconocerle ese derecho al hijo adulterino, contra el criterio general que lo excluía. Ése era el Derecho vigente en la Argentina al tiempo de sancionarse el Código Civil, Derecho que influyó en el codificador y también en quienes, en adelante, sustentaron los criterios más favorables a los hijos naturales.

Los partidarios de restringir y hasta prohibir la investigación tomaron, en cambio, como referente al Código Napoleón. Dicho Código, apartándose de la antigua jurisprudencia e inclinándose al Derecho intermedio, sólo la consentía, en vida del padre y después de muerto, en caso de raptó de la madre. La doctrina francesa se había dividido en su interpretación. Demolombe, partidario de un criterio amplio, que incluía el reconocimiento tácito por la vía de la posesión de estado, fue la guía de Vélez Sarsfield en la materia. En un siglo, paulatinamente, el Derecho francés mejoró las perspectivas de los hijos naturales no reconocidos.

La Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires se propuso en 1858 cerrar la puerta a toda posibilidad de investigación, salvo raptó o estupro violento, y a exigir que el reconocimiento de la filiación natural se hiciese solamente por escritura pública o testamento, medios de prueba ampliados luego a la partida de bautismo y confesión judicial.

El Senado bonaerense presentó otro proyecto, reducido a prohibir las pruebas de testigos, presunciones y fama pública en los juicios sobre paternidad ilegítima. En esa oportunidad Vélez Sarsfield expuso su pensamiento, el mismo que en la década siguiente volcó en el Código, contrario a la novedad que se quería introducir sin necesidad ni conveniencia. Su autorizada opinión determinó que el proyecto no prosperara. El Código Civil, por su parte, reconoció el derecho de los hijos naturales a accionar, aun después del deceso de los padres, y a valerse de todas las pruebas admitidas para probar los hechos en general.

Dictado el Código, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires sentó jurisprudencia en el sentido de que el legislador, de acuerdo con los precedentes, había admitido la investigación, aun tras la muerte del padre, pero con la condición de que se probase la posesión de estado. En cambio, la opinión de la mayoría de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital fue que el Código no limitaba la indagación a la posesión de estado, y autorizaba todos los medios probatorios que concurrieran a demostrar la paternidad. Hubo jueces que negaron la declaración *post mortem*.

La disparidad de criterios existió también en Corrientes y, probablemente, en varias otras provincias.

José María Moreno se sumó a la interpretación amplia del Código. Sostuvo que autorizaba la investigación por todas las pruebas admitidas para probar los hechos. El hecho que había que probar en esas causas era el reconocimiento expreso o tácito del padre.

La mayoría de las tesis doctorales presentadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires antes de la ley de 1882 se pronunciaron a favor del derecho de los hijos naturales a demandar su reconocimiento, aun después de la muerte del padre, dividiéndose las opiniones acerca de la prueba que debían de rendir. Siete tesis adoptaron esa postura y sólo dos se opusieron.

Uno de los disidentes interpretó que el Código prohibía la investigación *post mortem*, con la autoridad del Código francés y porque lo contrario sería colocar a los herederos en una situación desigual. El otro disidente también negó tal posibilidad, además de afirmar que la insuficiencia del artículo 325 exponía a todos a ser demandados sin razón. Estos argumentos se repitieron varias veces.

Las dudas suscitadas en los tribunales acerca del alcance del artículo se tradujeron en resoluciones opuestas. Para solucionar la cuestión el Senado Nacional proyectó adicionarle la exigencia de la prueba de la posesión de estado cuando se demandaba el reconocimiento con posterioridad a la muerte del padre. Entendía que no se trataba de corregir el Código sino de hacer su interpretación auténtica. De lo contrario no moriría ningún rico sin que le aparecieran hijos naturales.

Quienes no estuvieron de acuerdo con el proyecto juzgaron que el agregado era innecesario y que era función de la jurisprudencia fijar la interpretación. La modificación convertía en letra muerta, en la generalidad de los casos, los derechos del hijo natural. Negaron los argumentos del interés moral, de la perturbación de las familias y del escándalo que producían dichos pleitos.

La Cámara de Diputados amplió un tanto el proyecto del Senado, mas éste impuso el suyo. Convertido en ley, no se limitó a aclarar el Código sino que avanzó a reducir el derecho de los hijos naturales no reconocidos.

La jurisprudencia posterior estableció que, muerto el padre, la paternidad podía probarse únicamente por medio de la posesión de estado, pero que no era indispensable demostrar la presencia de los tres elementos clásicos: *nomen, tractatus y fama*. Declaró la Corte Suprema de Justicia que todos los medios de prueba eran admisibles.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la doctrina de profesores y doctorandos alternó elogios con objeciones a la reforma. Olegario Machado sostuvo que la posesión de estado era rara vez hallable en las costumbres y que al exigirla se privaba a los hijos de sus derechos. Baldomero Llerena le daba poca importancia a la forma del reconocimiento. Lo esencial era que la prueba fuese indudable.

Numerosas tesis doctorales abordaron el problema. Se mantuvo la tendencia mayoritaria favorable al derecho de los hijos. Algunas tesis lo defendieron con verdadera pasión. No faltaron las críticas al requisito de la posesión de estado.

Sólo dos tesis se opusieron a la investigación de la paternidad, con el argumento de que la ley debía de apoyar exclusivamente a la familia legítima y que un hecho ilícito e inmoral como la relación extramatrimonial no podía ser fuente de derechos.

No prevalecieron ni las ideas más favorables a los hijos naturales ni las más desfavorables, sino que triunfó el término medio del reconocimiento acotado, supeditado a la prueba de la posesión de estado. La mentalidad dominante entonces, a partir del Código Napoleón, opuesta

a la que había sido tradicional, no permitió ir más lejos por el camino de la tutela de los derechos de aquéllos. *é*

### *Apéndice*

Visto lo expuesto por el Fiscal, y la deposición de los testigos D<sup>a</sup> Beatriz Pacheco, a fojas 2 vuelta y 3; la de D<sup>a</sup> Manuela Piechoto a fojas 4; la de D<sup>a</sup> María Fernández a fojas 8 y vuelta; de la primera consta que Dn. Juan Gregorio Morel le refirió que D<sup>a</sup> Mamerta de Dolores Merino es hija natural de éste; de la segunda deposición consta que a la exponente refirió D<sup>a</sup> Matilde Gómez, madre de Dn. Juan Gregorio Morel, que la expresada Mamerta de Dolores era hija de Morel, reconociéndola por su nieta; que según la declaración de la Fernández lo sabe por la voz pública, y por haber oído a la misma D<sup>a</sup> Matilde Gómez, madre de Morel; que según la declaración de D<sup>a</sup> Rosalía García, fojas 2 vuelta y 3, le consta por declaración de la madre de Mamerta de Dolores ser ésta hija de Morel; y según declara D<sup>a</sup> Bernarda Pezoa, comadre de la solicitante, a fojas 8 vuelta y 9, lo sabe por noticias oídas en la familia de la exponente, a quien la misma madre de Mamerta de Dolores refirió el hecho de que se trata. Y considerando: que si bien por las declaraciones de los mismos testigos nombrados se deduce que los padres de la referida Mamerta de Dolores no han estado ligados con impedimentos dirimentes para el matrimonio, no obstante, por lo que resulta de este expediente, no puede decirse que la filiación natural, cuya declaración se solicita, esté justificada, pues ésta depende del reconocimiento del padre que debe ser constatado no en una sola declaración, sino en hechos varios y continuos, ante varios testigos, de modo que sea público y notorio, según la doctrina consignada en la nota del art. 2º del título 5º sec. 2ª lib. 1º del Código Civil, y por consiguiente debe declarar y declara: que no ha lugar a lo que se solicita por Doña Micaela Merino. Hágase saber y satisfechas las costas archívese. Benjamín Romero.

Vistos estos autos, y considerando: 1º Que de ellos resulta suficientemente probado, que D<sup>a</sup> Mamerta Dolores de Merino nació fuera de

matrimonio, siendo sus padres naturales Dn. Juan Gregorio Morel y Doña Micaela Merino, ambos solteros y sin impedimentos para contraer matrimonio, artº 1º, título 4º, sección 2ª, lib. 1º; 2º Que el art. 2º, cap. 1º, título 5, sección 2ª, libro 1º del Código Civil, permite la investigación de la paternidad por todos los medios de prueba admisibles en las cuestiones de hecho y que concurren a demostrar la filiación natural; entre las que se cuenta la prueba testimonial; 3º Que en la nota a dichos artículos, a la cual el Juez *a quo* ha dado una interpretación equivocada, el Autor sólo trata de refutar las leyes y doctrinas contrarias al art. 2º que niegan la investigación, comparando para el efecto las distintas clases de pruebas, y concluyendo por demostrar que no hay razón para admitir unas y desechar otras, pues que cualquiera de ellas es suficiente para formar la conciencia del Juez, sin requerir por esto una prueba más perfecta que la que basta para los casos generales; 4º Que por el contrario, reconociendo al final del párrafo 4º lo difícil de la prueba en la investigación de la paternidad, sostiene en el párrafo 6º que bastan para que el Juez decida a falta de otras pruebas, las meras presunciones de hombre, y pone algunos ejemplos; 5º Que la prueba fehaciente en el presente caso, se hace tanto más difícil, si se toma en consideración la larga ausencia de Morel luego del nacimiento de Mamerta, y su fallecimiento en Buenos Aires; cuyas circunstancias forman una necesidad más imperiosa para apreciar las pruebas y demás presunciones que arrojan éstas. Por éstas y otras consideraciones, y de acuerdo con el dictamen fiscal, se declara que Dª Mamerta Dolores de Merino es hija natural de Dn. Juan Gregorio Morel, mandando se le tenga y reconozca por tal; y para el efecto se revoca la sentencia del señor Juez *a quo*. Satisfechas las costas y repuestos los sellos, devuélvase. Y hágase saber<sup>85</sup>.

85 “Micaela Merino sobre información para acreditar que Don Juan Gregorio Morel es padre natural de su hija Mamerta de Dolores Merino”, fs. 10 v.-11 v. y 18-19 (Archivo General de la Provincia de Corrientes, Judicial. Civil. Capital, legajo 33.1871).

*Fuentes directas*

*Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª ed. autorizada, que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas, 1ª serie, t. I, Buenos Aires/La Plata/Rosario, Jacobo Peuser, 1892, 2 vols.

ARDOINO POSSE, ALFREDO, *De los hijos naturales. Tesis*, 1905, manuscrita, sin foliar.

ARIAS, JULIO, *Los hijos naturales ante el Derecho. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1889.

BIANCHI, ROMEO F., *Hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1897.

“Antonia Burela sobre filiación de su hija Luisa Cordeiro” (Archivo Histórico de Salta, Civiles, caja 112/81, año 1869, exp. 28).

BUSCO, ANTONIO, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1901.

“Cámara de Senadores. Paternidad ilegítima”, *El Nacional*, Buenos Aires, 20/7/1858.

CARETTE, AUGUSTO, *Diccionario de la jurisprudencia argentina o síntesis completa de las sentencias dictadas por los tribunales argentinos*, Buenos Aires, Lajouane & Cía., 1907-1912, 5 vols.

CHARMONT, JOSEPH, *Les transformations du droit civil*, Paris, Librairie Armand Colin, 1912.

CIMBALI, ENRIQUE, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*. Traducida del italiano por Francisco Esteban García con un prólogo de Felipe Sánchez Román, Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1893.

*Congreso Nacional. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1881*, Buenos Aires, 1882.

*Congreso Nacional. Diario de sesiones de la Cámara de Senadores. Año 1879*, Buenos Aires, 1880.

D'AGUANNO, JOSÉ D., *La reforma integral de la legislación civil*. Traducción de Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, s/d.

- DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Napoleon, I: Traité de la paternité et de la filiation*, Paris, A. Lahure, 1881.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 9 y 16/6/1858 y 30/9/1867.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires. Año 1858*, sesión del 20/7/1858.
- ESCALADA, DANIEL M., *Estudio sobre filiación natural*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879.
- ESCRICHE, JOAQUÍN, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense...* Con citas del derecho, notas y adiciones, por el lic. Juan Rodríguez de San Miguel, 2ª ed., Madrid, Calleja e Hijos, 1842.
- Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional, LXXVII*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1900.
- FARIZANO GÓMEZ, MANUEL, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1898.
- FERNÁNDEZ, SIXTO, *Posesión de estado de hijo natural. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879.
- FERNÁNDEZ ALMIRÓN, AXEL, *Reconocimiento de los hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1905.
- FRÍAS, WENCESLAO, *Hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1890.
- GAFFAROT, EDUARDO, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1884.
- GARCÍA, JOSÉ A., *Del reconocimiento de los hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1877.
- Jurisprudencia civil. Fallos y disposiciones de la Exma. Cámara de Apelaciones de la Capital*, 2ª ed., 1ª serie, ts. I y III, Buenos Aires 1888 y 1892.
- LAFUENTE, FRANCISCO DE, *Estudio sobre los hijos naturales. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1875.
- LOZANO, FEDERICO, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1905.
- LUCO, VALENTÍN, *Filiación natural*, tesis, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1891.

- LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 2ª edic., II, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1899.
- MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, I, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1898.
- MARCADÉ, VICTOR, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 7ª éd., II, Paris, Delamotte et Fils, 1873.
- “Micaela Merino sobre información para acreditar que Don Juan Gregorio Morrel es padre natural de su hija Mamerta de Dolores Merino” (Archivo General de la Provincia de Corrientes, Judicial. Civil. Capital, legajo 33.1871).
- MEYER, MARTÍN, *Una cuestión sobre filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1875.
- MIRA, ÁNGEL, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879.
- MORENO, JOSÉ MARÍA, *Obras jurídicas del doctor...* Reunidas y publicadas por los doctores Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, I, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1883.
- PELLICER, JULIO, *Filiación natural. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1895.
- ROBERT, JOSÉ E., *Hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1883.
- ROBIROSA, ANTONIO, *Filiación natural. Su indagación y reconocimiento. Tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1891.
- TEZANOS PINTO, DAVID DE, *De los hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Pablo E. Coni, 1871.
- URQUIZA, JUSTO GUALBERTO, *Investigación de la paternidad*, tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1879.
- VÁSQUEZ, SOTERO F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el Código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia. Tesis*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1884.

VÉLEZ SANSFIELD, DALMACIO, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971 (Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, XI).

VIALE, EMILIO, *Estudio sobre hijos naturales*, tesis, Buenos Aires, Universidad de la Capital, 1874.

VICTORICA, BENJAMÍN, *Jurisprudencia civil. Una cuestión sobre filiación natural. Vista del fiscal general de las Cámaras de Apelaciones de la Capital Doctor Don ... y otras publicaciones relativas*, Buenos Aires, Imprenta de El Siglo, 1879.

### *Historiografía*

AMIABLE, LOUIS, *De la preuve de la paternité hors mariage. Étude de législation*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1885.

BARET, PAUL, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, A. Marescq Ainé, 1872.

CABRAL TEXO, JORGE, *Fuentes nacionales del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1919.

COING, HELMUT, *Derecho privado europeo*. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, 2 vols.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003 (Biblioteca Indiana Antonio de León Pinelo, I).

GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969 (Serie: Derecho, 5).

GACTO FERNÁNDEZ, E., “La situación jurídica de los hijos naturales e ilegítimos menores de edad en el derecho histórico español. Alimentos y tutela”, *Recueils de la Société Jean Bodin, L'enfant*, XXXVI, 2ème. Partie, Bruxelles, De Boeck Université, 1976, pp. 169-182.

MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Granada, Universidad de Granada, 2004.