

IN MEMORIAM

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV155866

Prof. CARLOS MONGE ALFARO †

(1909 - 1979)

El domingo 8 de abril del año en curso falleció en suelo nacional, luego de ser trasladado desde Caracas donde participaba en una reunión internacional sobre problemas de la educación, siendo el viernes 30 de marzo cuando sufrió una hemorragia cerebral en la capital venezolana.

El Profesor Carlos Monge Alfaro fue un costarricense dedicado de lleno (y, durante 50 años) a la educación, a la historia y a la labor de escritor.

Fue Secretario de la Universidad de Costa Rica durante los años de 1953 a 1961; y Rector del Alma Mater de 1961 a 1970. En la actualidad ocupaba el puesto de directivo del Consejo Universitario de la Universidad Nacional y dirigía el proyecto de investigación de la historia de Costa Rica.

Una amplia gama de generaciones leyeron su Historia de Costa Rica (ya con 14 ediciones). Fue dos veces galardonado con el Premio Aquileo J. Echeverría por su obra Nuestra historia y los seguros (1974); y, con el Premio Nacional de Ensayo por su libro Universidad e Historia (1978).

Su vida fue una tarea continuada en los campos del ensayo, la historia, la educación y la política. Efectivamente, también vivió de cara a los problemas políticos del país, manteniendo una posición crítica y ciudadana.

Sea este un simbólico homenaje a la memoria del Prof. Monge Alfaro.

j. e. romero p.

**LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA
PATERNIDAD DEL MARIDO**

Estudio comparativo de la legislación argentina con el Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Familia de Bolivia de 1972, ley francesa de filiación de 1972 y ley italiana de 1975.

Cecilia P. Grosman

Miembro del Consejo Nacional
de Investigaciones Científicas
y Técnicas de la República Argentina.

REV 15 58 66-

Sumario: I. Introducción; II objetivos del trabajo; III Presunción de paternidad del marido; IV Causas que posibilitan la impugnación de la paternidad del marido; V Alcances y límites de la presunción de paternidad del marido; VI Quienes pueden promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mientras vive el marido; VII Tiempo para promover la acción; VIII La posesión de estado y su influencia sobre la acción de impugnación de la paternidad del marido; IX Conclusiones.

- I -

INTRODUCCION

El cambio producido en el significado de la relación paterno filial, en cuanto hoy se busca asegurar su funcionalidad, con vistas al más adecuado desarrollo de los nuevos miembros de la sociedad, ha debido repercutir, sin duda, en la fuerza de la presunción de paternidad del marido y en el accionar tendiente a desvirtuarla.

Gravita, actualmente, cada vez en mayor medida, la necesidad de respetar la verdad biológica, no sólo por adhesión formal a una circunstancia naturalística, sino, precisamente, porque la procreación constituye en nuestra sociedad —salvo el supuesto de adopción— el soporte de la relación socio-familiar "padre-hijo". Podrá observarse que las reformas introducidas en las legislaciones objeto de nuestro comentario, realizan una verdadera revaloración del vínculo biológico-social frente a la presunción de paternidad del marido en los casos en que esta última sólo aparece como posibilidad abstracta y desnuda de todo contenido real. Y es que se han advertido los riesgos que conllevan disociar el vínculo biológico-social del jurídico, ya que esta actitud implica separar el emplazamiento legal en el estado de familia del funcionamiento concreto del sistema de roles, lo cual trataba la función de resguardo y control del derecho y, consiguientemente, produce inseguridad en el cumplimiento de las funciones esenciales de la familia, es decir, la crianza y formación de los niños. El avance en las ciencias biológicas influyó igualmente en la transformación, al permitir con notable certeza el uso de pruebas excluyentes de paternidad. Esta circunstancia da otra tónica al proceso de impugnación que se ha traducido en la adopción de fórmulas amplias que admiten toda clase de verificaciones sobre la imposibilidad de que el marido sea el padre de la criatura.

La supresión de la discriminación dentro de los hijos habidos fuera de matrimonio y el cambio en la condición de éstos, ha incidido también en el alcance y límites de la presunción de paternidad marital. Si antes se tendía a mantener el vástago dentro de la familia legítima, aún contra toda verosimilitud, porque la pérdida del tal estado lo convertía en adulterino, o sea, en "hijo de nadie", hoy se eliminan los obstáculos para lograr el verdadero estado de familia cuando ha desaparecido el presupuesto de la presunción, es decir, la cohabitación de los cónyuges durante la época de la concepción. Por otra parte, los nuevos ordenamientos consolidan la filiación matrimonial si concuerdan el título de estado con la posesión de estado frente al marido y, a la vez, estructuran recursos legales para eliminar la contradicción si existe oposición entre ambos elementos.

OBJETIVOS DEL TRABAJO

El propósito esencial de este trabajo es destacar la proyección de las nuevas ideas y valores en recientes ordenamientos legales: Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Familia de Bolivia de 1972, Ley Francesa de Filiación del 3 de enero de 1972 y Ley Italiana del 19 de mayo de 1975. Pretendemos con este análisis poner en evidencia las actuales orientaciones de los esquemas normativos en esta problemática, las principales cuestiones de la realidad social que se ha querido reglar y las técnicas-jurídicas utilizadas para este fin.

La intención es cotejar los lineamientos del ordenamiento argentino y sus propuestas de reforma, con cuerpos de leyes que han tenido análoga estructura y que la han modificado ante condiciones vitales que exigían su acogimiento legal. Creemos que el derecho comparado presta un innegable servicio a la evolución de los conceptos jurídicos y muy especialmente cuando se trata de la regulación de la familia. Al mostrarnos formas distintas de enfocar una cuestión, se amplía la visión de los variados caminos que es posible seguir para arribar a soluciones legales, lo cual, indudablemente, constituye un estímulo eficaz para el avance normativo y el perfeccionamiento de las instituciones de cada país, sin desmedro —obvio es decirlo—, de un desarrollo adecuado a las propias necesidades sociales.

LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO

Si la maternidad deriva de un hecho inmediatamente verificable —el parto— la paternidad, por el contrario, no puede ser comprobada en forma directa. Esta es la razón por la que se ha buscado algún recurso que permita arribar a dicha certeza, de modo tal que desde el momento mismo del nacimiento y aún antes, el vástago cuente con un padre cierto. En la filiación matrimonial se parte de dos hechos de simple constatación —la maternidad y el matrimonio— para arribar a un hecho desconocido: la paternidad del esposo. La verdad de la conclusión en el silogismo no es una creación arbitraria, sino que se basa en un juicio de probabilidad nacido de lo que normalmente acontece. Toda presunción de paternidad contiene en sí, la presunción de que ha habido cohabitación con la madre y que ésta ha sido fecunda.¹ La experiencia indica que durante la vida matrimonial lo probable es que la mujer haya cohabitado exclusivamente con el esposo² y que dicha unión ha sido la causa de la concepción. Esta proba-

1 Rivero Hernández, Francisco. *La Presunción de Paternidad Legítima*. Edit. Tecnos. Madrid 1971, pág. 259.

2 Belluscio, A. C. *Nociones de Derecho de Familia*, Edit. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1969. Tomo VI, pág. 36.

bilidad fáctica nace de obligaciones derivadas del connubio: convivencia y fidelidad de los cónyuges³ verdaderos pilares de la organización monogámica, ya que tales deberes, internalizados en los sujetos de la relación, actúa sobre su comportamiento convirtiéndolo en habitual. *

La presunción de que el hijo concebido por la esposa durante el matrimonio tiene por padre al marido, ha sido adoptada en casi todas las legislaciones y también se encuentra presente en los ordenamientos objeto de este estudio comparativo (Código de Familia de Costa Rica, art. 69; Código de Familia de Bolivia, art. 178; Código Civil Francés, art. 312, Código Civil Italiano, art. 231 y Código Civil Argentino, art. 245).

Pero si la presunción "pater is est quem nuptiae demonstrant..." transmitida por el derecho romano, se halla vigente en tales cuerpos de leyes, el alcance de la misma varía y se observa diferencias respecto de las causas que permiten la discusión sobre la paternidad del marido, personas legítimas para obrar y funcionamiento de la acción de impugnación de la paternidad marital.

* CAUSAS QUE POSIBILITAN LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO

* / La presunción de paternidad del marido, fundada en lo que ordinariamente sucede, permite por su propia naturaleza, que aquella cese en el caso concreto, cuando se prueba que no han funcionado alguna de las condiciones que justifican su existencia: falta de relaciones sexuales entre los esposos durante la época de la concepción o, de haberlas habido, que las mismas no han sido la causa de la procreación. Es posible distinguir frente a esta cuestión, fundamentalmente dos sistemas legales;⁴ uno, llamado "abierto", en el cual se acude a formulaciones de tipo general, donde la exclusión de la paternidad se basa en la prueba de que el marido no puede ser el progenitor del nacido; no hay restricción de casos ni limitación de medios de prueba. Esta orientación, seguida entre otros por el Código Alemán y el Código Suizo, es adoptada por el Código de Familia de Costa Rica, Código de Familia de Bolivia y Ley Francesa de Filiación de 1972. * / En el Código de Familia de Costa Rica se establece que en contra de la presunción "es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la COHABITACION FECUNDA con su mujer en la época que tuvo lugar la concepción del hijo..." (art. 70). Ambos factores, cohabitación y fecundidad, son suficientes para abarcar todas las hipótesis de imposibilidad: ausencia, separación, impotencia "coendi", impotencia "generandi", etc., entendiéndose implícitamente que la falta de relaciones sexuales fecundas con el marido puede acreditarse también a partir de la figura del hijo,

3 Mazeaud. Henri y León Mazeaud Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa. América. Buenos Aires. 1959. Vol. III, N° 871, pág. 323.

4 La nomenclatura clasificatoria fue extraída de la obra citada de Rivero Hernández, F. pág. 420.

demonstrando, por ejemplo, la incompatibilidad sanguínea. Esta facultad surge expresamente del art. 98 al aceptar la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos para demostrar la no paternidad.⁵ La norma agrega que "el adulterio no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo", pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida la prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad" (art. 70, 2º parte). Los hechos pueden ser muy diversos y sin restricción. Lo importante es que convenzan al Tribunal de que el marido no es el padre. / X

El Código de Familia de Bolivia con similar criterio, dispone que "el marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo" (art. 187).

Igualmente la Ley Francesa de Filiación de 1972 preceptúa "que el marido podrá desconocer al hijo en justicia si justifica mediante hechos apropiados que él no puede ser el padre" (art. 312). El Código Civil Francés, antes de la reforma, seguía el sistema denominado "cerrado". La norma enumeraba diversas hipótesis taxativas en las cuales resultaba posible la impugnación. Era el modelo que acogieron la mayor parte de los países latinoamericanos y que ahora ha sido reemplazado en los ordenamientos comentados, por el nuevo esquema, donde ya no hay limitaciones en cuanto a las causas motivadoras del desconocimiento.

El Código Civil Argentino como el Código Civil Italiano no adoptan el método casuista respecto a los supuestos en que es posible obtener el desplazamiento de la paternidad matrimonial. La enumeración es taxativa, quedando cerrado el camino para probar otras circunstancias demostrativas de que el marido no es el padre del nacido. En el primero se fijan como hipótesis de desconocimiento: a) la imposibilidad del marido de tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (art. 246); y b) el adulterio más ocultación de parto, sucesos éstos que permiten acreditar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo (art. 252). En el segundo, la Reforma de 1975 ha reemplazado el concepto de "imposibilidad física de cohabitación de parte del marido" por "la no cohabitación de los esposos durante la época de la concepción" (art. 235). Es decir, sustituye una imposibilidad de carácter abstracto, por la prueba concreta de la falta de cohabitación. Se mantiene, asimismo, la causal de impotencia en todas sus formas como motivo de desconocimiento (art. 235, inc. 2º), a diferencia del Código Civil Argentino donde no es recibida la invocación de la impotencia anterior al matrimonio (art. 252) y subsiste en la legislación italiana la causal de adulterio, pero actualmente no se requiere como requisito coadyuvante, la ocultación del embarazo o nacimiento. El art. 235, inc. 3º dispone que si en el período de la concepción la mujer ha

5 Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas. *Código de Familia de Costa Rica, Anotado y Concordado*. Editorial Costa Rica, San José 1976. Ver jurisprudencia que en la obra se cita.

cometido adulterio o ha ocultado al marido su gravidez o el nacimiento del hijo, el marido puede —en cualquiera de esos casos— probar que el hijo presenta características genéticas o registra grupos sanguíneos incompatibles con las del presunto padre o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad.

El sistema italiano, si bien mantiene la estructura de casos prefijados, lo cual en ciertas circunstancias puede constituir un obstáculo para lograr la concordancia entre el vínculo legal y el biológico, amplía indudablemente sus posibilidades de acción. En la Argentina, doctrina y jurisprudencia, aunque constreñidos por la restricción normativa, han intentado su superación. El avance no es lineal ni pacífico, pero ofrece suficiente base para una futura revisión del ordenamiento regulador y en este aspecto, merece destacarse el Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino de Juan Antonio Bibiloni, donde se propone una fórmula amplia, fundando el autor su decisión en esta regla fundamental: la presunción de la paternidad del marido se basa en la cohabitación de los esposos durante la época de la concepción. Si se puede probar que no existió o que a pesar de ella no hubo generación, la presunción desaparece.⁶ Es el criterio que, como ya hemos visto adoptó el Código de Familia de Costa Rica cuando se refiere a la imposibilidad de "COHABITACION FECUNDA" entre los esposos (art. 70). / X

- V -

ALCANCES Y LIMITES DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO

A) *Hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio.*

Conforme a la presunción sobre la duración mínima del embarazo, sólo el hijo concebido después de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, se considera gestado dentro del mismo. Ello implica que el nacido antes del plazo mencionado debería tener carácter extramatrimonial. Empero, el juicio basado en la experiencia ha indicado como probable la paternidad de quien ha contraído enlace con la madre del hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido después del mismo. Es por ello que, en general, las legislaciones han llevado a proyectar los efectos del connubio más allá de sus estrictos límites.

El Código de Familia de Costa Rica considera al hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio como extramatrimonial, pero adquiere el carácter de matrimonial en los siguientes casos: a) si el marido antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; b) si estando presente consistió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta

6 Bibiloni Juan Antonio. *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*. Bs. As. 1931. Edit. Abeledo, Valerio, tomo V, Cap. I. Art. 4º, pág. 238. De los hijos legítimos.

de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y c) si de cualquier modo lo admitió como tal (art. 69). Es decir, la presunción de paternidad del marido únicamente funciona en los supuestos indicados —ya que implican un reconocimiento por parte del esposo— y en contra de esta presunción, sólo se permite la prueba de haberle sido imposible la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo (art. 70). No hay, por consiguiente, denegación simple de paternidad, ya que el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio es extramatrimonial y si asume el carácter de matrimonial en las hipótesis señaladas, para impugnar la paternidad es necesario acreditar las mismas circunstancias que cuando el hijo es concebido durante el matrimonio.

En los otros ordenamientos objeto de este comentario se adopta un sistema diferente. Se considera al hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del enlace como matrimonial,⁷ pero se faculta al marido a desconocerlo con la sola prueba del parto y del enlace. Empero, esta forma simple de denegación de paternidad le es vedada al esposo si conocía el embarazo de su cónyuge antes de la celebración del matrimonio o hubiere realizado actos que significaren la aceptación del hijo como suyo (Código de Familia de Bolivia, art. 185; Código Francés, art. 314; Código Civil Argentino, art. 253). En el Código Civil Italiano, por la Reforma del año 1975, si bien se mantiene la calidad de matrimonial para el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, es suprimido el derecho exclusivo del marido para desconocer su paternidad y también se eliminan los supuestos en que se prohíbe su impugnación. Es decir, aún cuando el marido hubiera conocido el embarazo de su mujer antes del matrimonio o lo hubiera declarado como hijo suyo en el acta de nacimiento, puede desconocer su paternidad, como igualmente pueden hacerlo los otros partícipes de la relación filial: la madre y el hijo (art. 233).

En el Código Civil Argentino y en el Código de Familia de Bolivia queda consolidado el carácter matrimonial del hijo, si se han producido aquellas circunstancias que representan un reconocimiento expreso o tácito del nacido (conocimiento por parte del marido el embarazo de su mujer, consentimiento de que el nacido se inscribiera en el acta de nacimiento como hijo del marido, o cualquier otro acto que implicase un reconocimiento del vástago). O sea, que en estos casos, ya no le es posible al esposo desconocer la paternidad. En cambio, el Código Civil Francés, admite para el marido que ha perdido el derecho al desconocimiento simple por haber tenido lugar alguno de los hechos que han dado solidez al carácter matrimonial del hijo, la posibilidad de impugnar la paternidad mediante la prueba de que él no puede ser el padre del nacido, según las reglas que rigen la contestación del hijo concebido durante el matrimonio (art. 314). Es decir, que en este aspecto, el sistema es similar al Código de Familia de Costa Rica.

⁷ En la doctrina y jurisprudencia argentinos existen sobre este punto criterios divergentes. Unos consideran que el hijo tiene carácter matrimonial, pero otros estiman que se encuentra legitimado por subsiguiente matrimonio.

B) Hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio.

En el Código de Familia de Costa Rica (art. 75); Ley Francesa de Reformas a la Filiación (art. 315. Código Civil), la Reforma Italiana de 1975 (art. 234 y en la legislación argentina (art. 246 y 359 C. Civil),⁸ el hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio es considerado extramatrimonial, ya que no funciona la presunción de la paternidad del marido. Empero, si el hijo es inscrito como matrimonial, es indudable que el marido u otros interesados, pueden mediante el mero cotejo de fechas, demostrar que ha nacido después del plazo indicado para que se produzca el desplazamiento respectivo.⁹ En la acción dirigida contra la madre y el hijo, estos últimos tienen derecho a defender la legitimidad, probando que el vástago ha sido concebido durante el matrimonio, es decir, que tiene por padre al marido (Código de Familia de Costa Rica, art. 75; Código Civil Francés, art. 311 y Código Civil Italiano, art. 234).

A diferencia de las legislaciones mencionadas, el Código de Familia de Bolivia, califica implícitamente al hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del connubio como matrimonial, ya que en esta hipótesis, concede acción para negar o discutir la paternidad del marido a éste o a quien tenga interés en ello (art. 190).

Como es posible apreciar, la tendencia es considerar el hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio como extramatrimonial, mientras que antes gozaban de legitimidad, aunque ciertamente debilitada, ya que podía ser contestada por cualquier interesado (art. 107. Código Civil de Costa Rica; art. 315 texto anterior de la Reforma de 1972; art. 234 Código Civil Italiano, texto anterior a la Reforma de 1975). Se ha querido dejar claramente establecido que la presunción de la paternidad del marido no puede funcionar más allá del presupuesto básico que fundamenta la misma, o sea, la cohabitación de los cónyuges durante la época de la concepción.

C) Hijo nacido después de los 300 días de la separación judicial definitiva o provisoria.

Los cambios legales evidencian la inclinación actual a considerar el hijo nacido después de los 300 días de la separación judicial definitiva o provisoria como extramatrimonial, ya que no se lo estima amparado por la presunción "pater is est...". El Código de Familia de Costa Rica estatuye

⁸ Belluscio, A. C. *ob. cit.* tomo VI, pág. 33.

⁹ Autores franceses consideran que de acuerdo a la Reforma, el Oficial del Estado Civil debería rehusarse a inscribir al nacido después del período indicado, con el apellido del marido. Si esta inscripción tuvo lugar por error, el acta de nacimiento podría ser rectificadas por una resolución del Presidente del Tribunal. Massip - Morin - Aubert. La Reforma de la Filiación. París 1976. Edit. Repertoire du Notariat Defrenais, 3a. edic. pág. 38.

que el hijo nacido en estas condiciones es extramatrimonial, salvo prueba en contrario (art. 75). En forma análoga, la Ley Francesa de Filiación de 1972, que modificó el art. 313 del Código Civil Francés, descarta la Presunción de la paternidad del marido para el nacido después de los 300 días de la resolución que autorizaba a los esposos a residir separadamente y menos de 180 días desde el rechazo definitivo de la demanda o desde la reconciliación.¹⁰ La presunción, sin embargo, renace de pleno derecho, si el hijo tiene en relación a los esposos, la posesión del estado de hijo matrimonial. Es decir, que no sólo se atiende a la relación entre los cónyuges, o sea, a la existencia de cohabitación entre ellos durante la época de la concepción, para que se restablezca la presunción de paternidad del marido (art. 313-2), sino que también se pone el acento en el trato proporcionado al hijo como signo de que el marido es el padre. Es cierto, que la posesión de estado de hijo matrimonial supone, generalmente, la reconciliación entre los esposos y la convivencia de los mismos. Empero, el legislador francés, en el art. 313, 2º párrafo, no indaga sobre tal aspecto y sólo toma en cuenta la vinculación social del hijo con los esposos (posesión de estado) y de ésta relación induce la paternidad del marido. Queda, pues, comprendida aquella situación en la cual no hubo relaciones sexuales entre los esposos, pero el marido ha perdonado el adulterio de su mujer y aceptó dentro de su hogar a un hijo que no es el suyo.¹¹ Puede afirmarse, que se valora con mayor intensidad la existencia de posesión de estado de hijo matrimonial, que la unión de hecho de los esposos durante la época de la concepción, ya que en este último caso para que los efectos legales de la presunción queden restablecidos, no sólo se exige la prueba de la cohabitación entre los cónyuges, sino también la verosimilitud de la paternidad, a fin de evitar que por un simple acuerdo o colusión entre ellos, se pueda dar al hijo una filiación que no es la suya.¹²

Igualmente, la Reforma Italiana de 1975 modificó la regla anterior estableciendo que la presunción de paternidad del marido no opera después del pronunciamiento de separación judicial o de la homologación de la separación consensual o de la comparecencia de los cónyuges ante el juez, cuando los mismos son autorizados a vivir separadamente durante el juicio de separación, de anulación o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio (art. 232). Es decir, que cesa la presunción en todos los supuestos en que desaparece la obligación legal de cohabitación. Empero, cualquiera de los cónyuges y sus herederos pueden acreditar que el hijo ha sido concebido durante la convivencia de los esposos. Hasta tanto no quede acreditada esta última circunstancia, el marido es considerado ilegítimo y no puede accionar para reclamar su estado de hijo matrimonial, limitación ésta expresamente establecida (art. 234).

10 Como en el supuesto examinado en el punto anterior, autores franceses sostienen la posibilidad de suprimir el nombre del marido en el acta de nacimiento por una acción de rectificación del estado civil. Massip y otros, *ob. cit.* pág. 39.

11 Massip Jacques y otros, *ob. cit.*, pág. 42.

12 Massip Jacques y otros, *ob. cit.*, pág. 44.

En la legislación argentina, antes de la reforma de 1968, se reputaba como matrimonial, al hijo nacido después de los 300 días de la separación provisoria o definitiva de los cónyuges. La presunción de paternidad no desaparecía, aún cuando la separación legal implicaba el cese de la obligación de convivencia conyugal y sobre esta base pudiera deducirse que los esposos no habían mantenido relaciones sexuales. El hijo continuaba siendo matrimonial y restaba como tal en forma definitiva, si el marido o los otros legitimados no interponían la acción de desconocimiento antes de que venciera el plazo de caducidad. La ley solo facilitaba la prueba, ya que únicamente se debía verificar que el nacimiento había tenido lugar después de los 300 días de la separación provisoria o definitiva de los cónyuges.¹³ Después de la modificación, el hijo nacido en las condiciones mencionadas no se presume vástago del marido, por lo que éste no tiene necesidad de desconocerlo (art. 250. C. Civil Argentino). Los 300 días se cuentan desde la separación de hecho unida a una demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, sin importar si aquella tuvo lugar concomitantemente, con anterioridad o después de la promoción del juicio.¹⁴ Se podrá defender el carácter matrimonial del hijo con la comprobación de que hubo reconciliación entre los esposos, para lo cual se considera suficiente la mera unión de hecho, sin necesidad de que se verifique la reanudación de la convivencia conyugal.¹⁵

D) *Hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho entre los cónyuges.*

La separación entre los cónyuges no ha sido considerada hasta el presente, en gran parte de las legislaciones, como una circunstancia de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de paternidad marital. Las modificaciones introducidas por los ordenamientos que analizamos, como así también los proyectos de leyes y jurisprudencia en los países donde aún no se produjo un cambio en el derecho positivo, revela que se quiere dar a la separación fáctica aptitud idónea para neutralizar la presunción de paternidad del marido. Esta orientación tiene coherencia con el principio de la verdad biológica, ya que es evidente que si los esposos no convivieron durante la época de la concepción, cae el sustento básico de la presunción que a su vez se apoya en una presunción de cohabitación.

13 Belluscio Augusto C., *ob. cit.*, pág. 36; Zannoni C. A. La Presunción de Paternidad durante la Separación de los Cónyuges por Divorcio o Nulidad de Matrimonio. Revista La Ley, tomo 138, pág. 857.

14 Llambías, J.J. *Código Civil Anotado*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1978, pág. 872; C. Civil, Sala A., Revista El Derecho, tomo 11, pág. 654; C. Civil, Sala F. El Derecho tomo 70, pág. 381.

15 Borda Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Edic. 5º, Edit. Perrot. Buenos Aires 1973, tomo II, Familia, pág. 28; López del Carril Julio. La Filiación. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires 1976, pág. 232; Belluscio A.C., obra citada, tomo VI, pág. 37. Contra: Llambías J.J., *op. cit.*, art. 250, pág. 872.

El Código de Familia de Costa Rica expresamente dispone que "se tendrá como hijo habido fuera de matrimonio al nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges" (art. 71). En la legislación francesa, la separación de hecho no aparece en forma directa como suceso que hace cesar la presunción de paternidad del marido, pero, implícitamente, se encuentra aceptada al disponer que dicha presunción queda descartada de pleno derecho si el hijo es inscrito sin la indicación del nombre del marido y sólo tiene la posesión de estado respecto de la madre (art. 313-1). Estas circunstancias traducirán normalmente la falta de convivencia de los esposos.¹⁶ Igualmente se ha considerado que cesa la presunción si el nacido es inscrito bajo el apellido de soltera de la madre, o es declarado como hijo de una mujer casada pero de otro hombre como padre o cuando es registrado como de madre desconocida y la filiación materna queda posteriormente establecida, ya sea por reconocimiento o acción judicial.¹⁷ En el derecho anterior, en todos los supuestos mencionados, la presunción de paternidad subsistía, lo cual provocaba grandes inconvenientes ya que si la mujer convivía con un tercero después de su separación conyugal y de aquella unión concubina nacía un niño, éste no podía ser reconocido por su verdadero padre, mientras el marido no impugnara la paternidad. Podía darse la incongruencia que el hijo viviera junto a su verdadero progenitor y fuera tratado como tal, conservando, sin embargo, el lazo legal con el marido de la madre quien para él era un extraño al cual no lo unía relación alguna ni biológica, ni social. Bastaba, incluso, una simple rectificación del estado civil para que el nacido ostentara el apellido del marido. En la legislación italiana, si bien se contempla la separación fáctica, ésta debe ser homologada por el juez para que cese la presunción de paternidad del marido (art. 232). Sólo en este supuesto, el hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho es considerado extramatrimonial. Si la sentada separación no tuvo exteriorización judicial, únicamente puede ser causa para impugnar la paternidad del marido, si se prueba que se efectivizó durante la época de la concepción (art. 235, inc. 1). El Código de Familia de Bolivia no se ocupa expresamente de la separación de hecho como motivo del cese de la presunción de paternidad marital. Sólo es posible considerarla como fundamento de una acción de desconocimiento de dicha paternidad dentro de la formulación amplia que contiene dicho Código (art. 187).

En el Derecho Argentino, la mera separación de hecho no hace cesar la presunción de paternidad del marido. Sólo tiene gravitación cuando va unida a una demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, como ya hemos visto.¹⁸ Empero, hay autores que otorgan a la separación fáctica fuerza bastante para hacer cesar la presunción,¹⁹ aún cuando la ausencia de un

16 Dagot Michel y Spiterri Pierre. *Le Nouveau Droit de la Filiation*. Edit. Librairies Techniques. París 1972, pág. 38.

17 Massip J. y otros, *ob. cit.*, pág. 41.

18 Belluscio Augusto César. *ob. cit.*, tomo VI, pág. 37; Llambías J. J., *ob. cit.*, art. 250, pág. 872.

19 López del Carril Julio. *ob. cit.*, pág. 231; Morello A. M. Separación de hecho entre cónyuges. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1961, pág. 181 y sgts.

texto legal torna difícil su debida valoración en los procesos de desconocimiento. Algunos tratadistas y jueces la han considerado como una hipótesis de imposibilidad de acceso a la mujer, lo cual permite impugnar la paternidad del marido, si el cese de la convivencia entre los cónyuges tuvo lugar durante la época de la concepción.²⁰

Los proyectos de reforma siguen la tendencia moderna y descartan la presunción de paternidad del marido en el supuesto de separación de hecho de los cónyuges durante la época de la concepción. Así en el ante proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de Bibiloni se coloca en un pie de igualdad los estados formales o no formalizados, señalando el autor que entre los mismos no hay distinción de esencia, ya que el presupuesto es idéntico: la falta de vida en común. Con el mismo criterio el Anteproyecto de Código Civil de 1954, proyectado por el Dr. Jorge A. Llambías, dispone que el padre podrá, sin necesidad de otra prueba, desconocer la legitimidad del hijo concebido durante la separación de los esposos, judicial o *de hecho* o durante la ausencia de uno de los cónyuges, siempre que no se acredite que durante el período mencionado hubo reconciliación de los esposos, aún transitoria (art. 508).

- VI -

QUIENES PUEDEN PROMOVER LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL MIENTRAS VIVE EL MARIDO

Ha sido criterio generalizado conceder al marido, en vida de éste, la exclusiva facultad de contestar la paternidad. Se han dado diversas explicaciones a esta regla que pueden sintetizarse del siguiente modo: el desconocimiento de la paternidad es una cuestión de honor de la que sólo el esposo es juez. Nadie tiene derecho a exteriorizar la lesión que se le ha inferido y exhibir la violación del deber de fidelidad por parte de la esposa; las ingerencias extrañas no son admisibles en un problema tan íntimo.

Si estas constituyen razones atendibles frente a un núcleo familiar que se mantiene vigente, donde aún subsisten lazos afectivos y de convivencia, bien pronto la experiencia demostró que en situaciones donde el matrimonio como realidad vital ha desaparecido por la separación de sus componentes, tales fundamentos perdían su fuerza. Se vio que existía un interés legítimo de los otros partícipes de la relación filial para obtener un emplazamiento jurídico acorde con la realidad biológica. Siempre se pensó que la filiación legítima amparaba a la madre y al vástago, por lo que para estos últimos no podía constituir un beneficio controvertirla. Sin embargo, la realidad ha demostrado que no en todos los casos el emplazamiento como hijo matrimonial favorece al hijo o a la progenitora. Si el niño convive con la madre y el padre biológico, respecto del cual

20 Llerena, Baldómero. *Concordancias y Comentarios del C. Civil. Argentina*. Buenos Aires 1899, tomo II, art. 250; Zannoni, E. art. cit.; Borda, Guillermo A., *ob. cit.*, tomo II, N° 626, pág. 28.

el nacido goza de la posesión de estado filial, resulta más conveniente que el hijo se desligue de esta relación aparente y quede emplazado como hijo de quien es un auténtico padre. En este supuesto, se observó que la potestad decisoria en cabeza del marido podía resultar injusta, ya que era necesario tomar en cuenta a los otros partícipes de la relación filial y que también a la comunidad en su conjunto le preocupaba el estado de las personas, su emplazamiento o desplazamiento, ya que constituía el origen de derechos-deberes reguladores de los roles familiares. Estas ideas se plasmaron en los ordenamientos modernos y es así que en el Código de Familia de Costa Rica, si bien la acción de impugnación de la paternidad marital sigue perteneciendo al marido (art. 72), en el caso de un hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges, siempre que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido, tal hijo es considerado extramatrimonial, como ya hemos visto y esta declaración, por vía del proceso correspondiente, la efectúa el Tribunal a solicitud de la madre o del hijo, o de quien represente a éste (art. 71). En este supuesto, puede un hombre reconocer al hijo de la mujer unida en matrimonio. Si en la acción que promueva el tercero para obtener la autorización judicial del reconocimiento, el marido se opone, se ventila el conflicto por vía ordinaria lo cual implica la posibilidad para el presunto padre biológico de discutir la paternidad del esposo (art. 84).

Igualmente, el Código de Familia de Bolivia pone en cabeza del marido la acción de desconocimiento de paternidad (art. 187), pero cuando el hijo resulte haber sido concebido durante la separación judicial o aún de hecho de los esposos, se admite el reconocimiento de un tercero, siempre que el hijo tenga la posesión de estado frente al reconocimiento (art. 200). Esto quiere decir que en la hipótesis en que el nacido se halla emplazado como hijo del marido, pero no goza de la posesión de estado frente a éste, sino respecto al tercero, éste tiene la facultad para discutir la paternidad del esposo, como paso previo de su pretensión al reconocimiento del hijo.

También la Ley Francesa de Filiación de 1972, mantiene la acción exclusiva del marido para impugnar la paternidad del hijo (art. 312), pero este privilegio, en forma semejante al Código de Familia de Costa Rica y Código de Familia de Bolivia, cede en las hipótesis en que se ha producido la ruptura matrimonial y el hijo no tiene posesión de estado filial respecto al marido de la madre. Así, la ley concede a la madre el derecho de impugnar la paternidad de su cónyuge, pero sólo a los fines de obtener la legitimación del hijo, cuando después de la disolución de su matrimonio decide contraer nuevo enlace con el verdadero padre de la criatura (art. 318). La acción, en tal caso, se dirige contra el marido y sus herederos y debe ser promovida por la progenitora y el nuevo cónyuge dentro de los 6 meses de su matrimonio y antes de que el niño alcance la edad de 7 años. Las dos demandas —contestación de paternidad del marido y petición de legitimación— son juzgadas en forma conjunta y no puede ser admitida la primera, sino es aceptada la segunda (art. 318-2).

Igualmente se ha abierto el camino para que otros interesados puedan discutir la paternidad marital cuando el hijo ostenta el título de estado de hijo matrimonial, pero no goza de la posesión de estado frente al marido. En este caso, un tercero puede reconocer al niño y resulta también posible promover una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial (interpretación a contrario sensu del art. 334-9).²¹ La Corte de Casación por sentencia del 9 de junio de 1976 admitió la validez del reconocimiento de un hijo que tenía título de estado de legítimo sin la posesión de estado correspondiente y juzgó posible la acción intentada por el reconociente para resolver el conflicto de filiación.²² Es decir, habría un nuevo tipo de acción para todos aquellos que estén interesados en que se declare la verdadera paternidad, basada en un precepto donde se dispone que los Tribunales reglan los conflictos de filiación para los cuales la ley no ha fijado otro principio, sobre la base de la filiación más verosímil y en defecto de elementos suficientes de convicción se tendrá en cuenta la posesión de estado al hijo (art. 311-12). Esta acción se encontraría abierta a todos los que tienen un interés directo en que se declare la verdadera filiación: el presunto padre biológico, la madre, el hijo y sus herederos, el marido de la madre y sus herederos.²³

La ley italiana ha modificado en forma substancial el sistema anterior y confiere la acción de impugnación de la paternidad del marido, no sólo a éste sino también a la madre y al hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, en todos los casos en que pueda ser ejercida por el esposo (art. 235).

En el ordenamiento argentino, el derecho exclusivo del marido para desconocer su paternidad es terminante: "mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio" (art. 256). Algunos autores han buscado una apertura frente a exigencias concretas y si bien la mayor parte de la doctrina mantiene el criterio legal, se admitió la acción de impugnación de la paternidad del marido promovida por el hijo para que éste pudiera reclamar su filiación extramatrimonial.²⁴ La jurisprudencia también consideró factible en algunos casos la demanda del hijo, quien debía probar algunas de las causas que el Código fija para que decaiga la paternidad del marido.²⁵ En cuanto a los proyectos de ley, cabe destacar el Anteproyecto de

21 El art. 334-9 dispone que todo reconocimiento es nulo y ninguna demanda de investigación de paternidad será admitida, cuando el hijo tenga ya una filiación legítima acorde con su posesión de estado.

22 Colombet, C. Foyer J. Huet Weiller D, Labruse R. La Filiation legitime et naturelle. Edit. Dallor. París 1977. pág. 159.

23 Massip J. y otros. *ob cit.*, pág. 112.

24 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, tomo II, 5ª ed. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1973, pág. 28.

25 Cam. Nac. Civ., Sala B., abril 9/958. La Ley, tomo 91, pág. 181; Cám. Nac. Civ., Sala C., nov. 24/1966, La Ley, tomo 124, pág. 602; Cam. Apel. C. C. Rosario, Sala II, oct. 1/9/69, tomo 137, pág. 262.

Reformas de Bibiloni, el cual no obstante mantener en cabeza del marido la potestad de desconocer al hijo nacido o concebido durante el matrimonio, admite la petición de toda persona que tenga interés actual en ello, para que se declare la ilegitimidad del hijo, en los casos de divorcio, de separación provisoria o definitiva, en el de separación de hecho, de abandono del hogar o desaparición o ausencia del esposo o de la mujer, si el período de la concepción coincide con el de la separación efectiva y no ha mediado restablecimiento de las relaciones conyugales (art. 5º y 10º, Título XIII, Cap. I, De los Hijos Legítimos).

En definitiva, el examen precedente demuestra que, indudablemente, la separación de los cónyuges, sea ésta legal o de hecho, rompe el principio de que sólo el marido puede controvertir su paternidad, abriéndose el camino para que otros interesados la discutan, esencialmente, los partícipes de la relación filial.

- VII -

TIEMPO PARA PROMOVER LA ACCION

Casi todas las legislaciones adoptaban el sistema de plazos cortos para interponer la acción de impugnación de paternidad del marido, por razones de seguridad jurídica y con el objeto de proteger la estabilidad del estado de familia. Es el criterio que aún se observa en la legislación argentina, ya que el plazo para promover el juicio es de 60 días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (art. 254); este término de caducidad comprende tanto el desconocimiento simple como el riguroso.

Actualmente se estima que los plazos no pueden ser excesivamente exigüos ya que, por una parte, no permite realizar las diligencias necesarias para interponer la demanda y, por la otra, es factible que el marido se entere con posterioridad de circunstancias que le demuestren la imposibilidad de que él sea el padre del nacido. En otro término, un plazo demasiado limitado puede resultar peligroso dentro de un enfoque de autenticidad filial.

En el Código de Familia de Costa Rica se distinguen dos situaciones. Si el hijo no goza de posesión notoria de estado respecto al marido, éste puede promover la acción para impugnar la paternidad en cualquier tiempo. Si por el contrario, el nacido ostenta posesión de estado respecto al esposo de la madre, la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento a la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador (art. 73 modificado por la ley del 23 de marzo de 1976). La diferenciación de hipótesis es razonable y nuevamente se aprecia en este aspecto la trascendencia que se concede al elemento posesión de estado, cuestión sobre la cual volveremos

más adelante. Merece destacarse que el punto de partida que se adopta en la legislación costarricense a partir del cual se computa el plazo de caducidad —fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que sirven de fundamento a la impugnación— responde con mayor convicción al principio de la verdad de la filiación que aquel otro, utilizando con mayor frecuencia, donde se toma en cuenta la fecha del nacimiento del hijo.

La Ley Francesa de Filiación de 1972 también amplió los plazos de caducidad. El Código Civil Francés, en su texto primitivo, disponía que el marido podía contestar la paternidad dentro del mes del nacimiento del hijo si se encontraba en dicho lugar y dos meses después de su retorno, si en aquel momento se hallaba ausente. Cuando el nacimiento del hijo le hubiera sido ocultado, podía interponer la acción dos meses después del descubrimiento del fraude (art. 316). La Reforma uniformó el plazo para accionar y lo extendió a 6 meses para todos los supuestos.

La Reforma Italiana de 1975, dentro de la misma orientación, ha igualmente ampliado los plazos de caducidad. Antes el marido tenía un plazo de tres meses para desconocer la paternidad computados desde el día del nacimiento si se encontraba en dicho lugar y 3 meses a partir del retorno al mismo o donde se hallaba el domicilio conyugal, en caso de ausencia. Si probaba no haber tenido noticias del nacimiento en dicho día, el término de tres meses corría desde que tomaba dicho conocimiento. El art. 244 modificado, extiende los mencionados plazos a un año. Si la acción es interpuesta por la madre, el término es de 6 meses desde el nacimiento del hijo y si es promovida por este último debe ser presentada dentro del año de cumplimiento de su mayoría de edad o desde el momento en que toma conocimiento del hecho que funda su acción.

El Código de Familia de Bolivia mantiene un plazo corto —tres meses— desde el día del parto si estuvo presente el marido, o desde su retorno al lugar donde se produjo el alumbramiento o al domicilio conyugal, si no lo estuvo, o desde que descubrió el fraude, cuando se oculta el nacimiento (art. 188).

En cuanto a la acción de los herederos del marido, en general la ley les concede el derecho de impugnar la paternidad del marido, siempre que éste hubiera fallecido antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo (Código De Familia de Costa Rica, art. 74; Código de Familia de Bolivia, art. 188; Código Civil Francés, art. 316-1; Código Civil Italiano, art. 246) porque nadie puede transmitir un mejor derecho que el que tiene. Si bien el Código Civil Argentino no contiene una norma expresa en tal sentido, esta ha sido la interpretación de la doctrina y jurisprudencia en forma unánime.²⁶ La acción de los herederos no se admite, en

26 Llambías, J.J. *ob. cit.*, tomo I, (Coment, art. 258, N° 5, pág. 892).

algunos ordenamientos, después de transcurrido un determinado plazo a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre o desde el día en que los herederos fueron turbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo (2 meses, Código de Familia de Costa Rica (art. 74); 6 meses, Código Civil Francés (art. 316-1); 2 meses, Código Civil Argentino (art. 258). En cambio, en otros, el plazo de caducidad para los herederos se cuenta desde el fallecimiento del marido o del nacimiento del hijo, si éste es póstumo (3 meses, Código de Familia de Bolivia (art. 188); 1 año, Código Civil Italiano (art. 246).²⁷

- VIII -

LA POSESION DE ESTADO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO.

La procreación, que dentro de la sociedad cumple una función esencial porque asegura su propia continuidad y las condiciones de existencia, queda sometida por esa razón a una rigurosa disciplina, exteriorizada en el plano jurídico por normas reguladoras de la conducta humana y destinadas a garantizar el desarrollo de los nuevos miembros. Por esta razón, a la comunidad le interesa quién en los hechos ejerce la función paterna y busca su control a través de la concordancia entre el vínculo biológico-social y el vínculo jurídico de filiación. Además, tratar al nacido como hijo representa el signo visible de la relación biológica que lo une a los progenitores, ya que normalmente —si descontamos el supuesto de adopción— la madre o el padre se comportarán como tales si han engendrado al hijo. Estos dos aspectos de la posesión de estado, señal de un vínculo procreacional y cumplimiento de la función paterna, han debido por fuerza gravitar sobre la presunción "pater is est..." y, por ende, sobre la acción de impugnación de la paternidad del marido. Ello explica el rol esencial que las recientes reformas en la materia adjudican a la posesión de estado, como elemento clarificador de la auténtica situación filial y para resolver el conflicto de paternidades.

El Código de Familia de Costa Rica no admite ningún reconocimiento "cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado" (art. 90), como tampoco es aceptada en dicha hipótesis acción alguna de investigación de paternidad (art. 99). Es decir, entonces, que frente a un título de estado de hijo matrimonial y posesión de estado acorde, es ineficaz todo intento de emplazamiento del nacido como extramatrimonial. Igual criterio es adoptado por el Código de Familia de Bolivia (art. 192 y 200); Código Civil Francés (art. 322) y (art. 334-9); Código Civil Italiano (art. 238). O sea, si la familia ori-

²⁷ Es menester aclarar que en la legislación italiana, se transmite la acción de impugnación de paternidad, si el titular es la madre o el padre, a sus descendientes y ascendientes y en el caso del hijo, a su cónyuge y descendientes (art. 246 inc. 1° y 2°).

ginada en matrimonio mantiene su estructura y el hijo es tratado, cuidado y formado en el seno de dicho hogar por los cónyuges, además de constituir esta situación un indicio vehemente de que la paternidad corresponde al marido, la conservación del vínculo favorece a la criatura, pues su estado final armoniza con quien en los hechos asumió la responsabilidad paterna y en este supuesto interesa evitar toda perturbación que pueda lesionar al núcleo familiar.

Si, por el contrario, ha desaparecido la convivencia entre los cónyuges, situación que coincidirá normalmente con la ausencia de posesión de estado del hijo en relación al marido, se admite la demostración de la paternidad real, rechazándose el mantenimiento de todo lazo ficticio. Por tal razón, en el Código de Familia de Costa Rica, por una parte, como lo hemos ya señalado, se tiene como extramatrimonial al hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido (art. 71) y, por la otra, se admite el reconocimiento del hijo concebido por la madre ligada en matrimonio, pero para que sufra los efectos legales consiguientes, es necesario, en forma concordante con el artículo mencionado, que la concepción se haya efectuado durante la separación de los cónyuges, que el hijo no goce de posesión de estado frente al marido y que el reconocimiento fuere autorizado por resolución judicial (art. 84). De manera similar, el Código de Familia de Bolivia permite que un tercero reconozca a un hijo de mujer casada, cuando fue concebido durante la separación judicial y aún de hecho de los esposos, siempre que el hijo tenga posesión de estado frente al reconociente (art. 200), lo cual obviamente implica que no la tiene en relación al marido. La Ley Francesa de Filiación introdujo modificaciones esenciales en este aspecto. Descarta la presunción de paternidad cuando el niño es inscrito sin la indicación del nombre del marido y sólo tiene la posesión de estado en relación a la madre (313-1). Igualmente, es posible el reconocimiento de un tercero o la reclamación de otro estado filial por el hijo, si a pesar de ostentar éste el título de legítimo, no tiene la posesión de estado como tal (art. 334-9 interpretación contrario-sensu). El conflicto se resuelve a favor de la filiación más verosímil y en defecto de elementos suficientes de convicción, se estará a lo que resulte de la posesión de estado (313-12).

Puede concluirse que la tendencia actual legislativa se esfuerza, sobre todo, en hacer prevalecer el interés del hijo a través de la posesión de estado. Si, por una parte, este elemento da firmeza al carácter matrimonial del hijo, por la otra su ausencia otorga mayores facilidades para el emplazamiento del nacido de conformidad con el vínculo biológico-social. En el ordenamiento argentino, esta orientación no se ha manifestado a través de normas concretas y sólo aparece en los casos judiciales de la paternidad del marido. La posesión de estado ha servido con mayor evidencia para probar la existencia de una filiación matrimonial que para desecharla, porque en el primer caso existe una regla expresa (art. 114, L.M.C.) y en el segundo supuesto, la ausencia de preceptos especificados, ha impedido la debida consideración de dicho factor.

CONCLUSIONES

No hemos tratado todos los aspectos de la acción de impugnación de la paternidad del marido, sino sólo aquellos en que se ha podido apreciar un cambio de orientación y, respecto de estos, únicamente hemos intentado destacar los lineamientos básicos de las soluciones propuestas.

En el ámbito de las causales de impugnación de la paternidad del marido, se tiende a eliminar los casos restringidos y de carácter taxativo y, respecto de las personas legitimadas para accionar, va desapareciendo la exclusividad marital, ampliándose la facultad a los otros partícipes de la relación filial, cuando el vínculo matrimonial ya no existe como realidad vital. Las legislaciones distinguen, en general, dos situaciones bien netas dándoles un tratamiento jurídico diferente. Una, cuando el matrimonio subsiste y, la otra, cuando los cónyuges se encuentran separados, es decir, en el supuesto de que hubiera desaparecido la convivencia. En el primer caso, se protege la filiación matrimonial y este amparo se manifiesta a través del elemento posesión de estado. Si el hijo tiene posesión de estado frente al marido, su estado matrimonial queda consolidado. En el segundo caso, máxime, cuando se ha constituido un nuevo núcleo familiar y el hijo ostenta la posesión de estado frente a su padre biológico, se defiende la evolución normal del menor, tratando de evitar las perturbaciones que le puede ocasionar la antinomia entre el vínculo biológico-social y el jurídico.

La intención de eliminar lazos ficticios, ha llevado a restringir los alcances de la presunción de paternidad del marido a límites en que puede ser justificada por una real cohabitación de los cónyuges. Los valores que hoy se consideran estimables en la regulación legal de la relación paterno-filial, han repercutido en la intensidad de la presunción de paternidad del marido y, por tanto, en la acción para su desconocimiento. Se piensa que la responsabilidad en la procreación debe ir unida a la responsabilidad de formar y educar a los hijos. Si la relación biológica alimenta al posterior vínculo social padre-hijo (posesión de estado), resulta inconveniente mantener un sistema que dificulte el emplazamiento en el estado acorde con la realidad. La imagen misma de la familia y del matrimonio empalidece si se fuerza el mantenimiento de vínculos formales. Valen aquí las palabras dichas hace ya más de un siglo por García Goyena: "por santa, fuerte y hasta tiránica que sea la presunción de paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y absurdo: la ley que diera a una mentira evidente el título y poder de la verdad, no sería sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio".²⁸

28 García Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid 1852, pág. 112.

CONVENIONES COLECTIVAS CELEBRADAS EN COSTA RICA (1968-1974)

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Instituto de Derecho Social

Abel Castro Hidalgo

María del Mar González de la Mata

Elizabeth Odio Benito

María de los Angeles Soto Gamboa

Zarela Villanueva Monge

Mayo de 1976