

La filiación ilegítima como categoría de exclusión. Algunas reflexiones en torno a su superación

por Stella Maris Zalazar*

The illegitimate filiation like category of exclusion. Some reflections concerning the topic

by Stella Maris Zalazar

*Es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del grupo de investigación "Pensamiento Crítico", Instituto de Investigaciones Jurídicas "Dr. Carlos S. Nino", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Es Miembro del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Dra. Alicia Moreau" de la misma Facultad y, en ella cursa, actualmente, el Doctorado en Derecho. Integra el Seminario Permanente de Investigación sobre "El régimen jurídico del menor en la Historia del Derecho Argentino", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Participó en diversos congresos y jornadas. Entre sus publicaciones se cuentan: "Marx: su enfoque humanista"; "Marx: entre rosas y espinas. Encuentros y desencuentros en torno a la teoría del derrumbe"; "Algunos contrastes en la teoría marxista de las crisis capitalistas".

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo consiste en presentar un breve esbozo, una visión general del estado de exclusión sufrido por los hijos ilegítimos durante el período anterior a la sanción, en nuestro país, de la ley 23.264. A partir del año 1985, dicha ley permitió equiparar definitivamente a los hijos por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales), y adoptivos. Es de hacer notar que dicha invisibilidad a la que se hallaban sometidos los mismos era una constante, no sólo en la Argentina, sino en la mayoría de los países de la región. Dicho estado de vulnerabilidad traía consecuencias no sólo a nivel social, sino en relación a los efectos jurídicos que el *status* acarreaba, tomado el mismo como "prestigio" dentro de la sociedad. En el largo derrotero cursado por esta categoría de hijos, las sucesivas legislaciones fueron "humanizando" paulatinamente esta situación discriminatoria. El avance en tal sentido permitió cerrar la brecha inflexible entre los hijos legítimos e ilegítimos, superando a todas luces un estado de exclusión y prejuicios de aquellos que no habían tenido la "suerte" de nacer dentro de los cánones que la sociedad establecía.

PALABRAS CLAVES

Filiación ilegítima – Discriminación – Exclusión – Legislación – Prejuicios

ABSTRACT: The main objective of this paper consist in presenting a general point of view about the exclusion suffered by the illegitimate argentinian childrens during the period before the sanction of the law 23.264. Since 1985, this legislation allowed to level the “natural sons/daughters” and the adoptive ones. We must clear up that this situation also took part in most of the countries of Latinamerica. As a result of that process, consecuencias were carried on; not only in the social aspect, but also in relation with the legal effects taking the word “legitimate”, as a sinomin to “social prestige”. The consecutive laws allowed to end up with categorization and went slowly “humanising” the situation of discrimination. The advance to this respect allowed to close the inflexible gap among the legitimate and illegitimate children, overcoming all lights a state of exclusion and prejudices of those that had not had the "luck" of being born inside the cánones that the society was establishing.

KEY WORDS

illegitimate childrens – discrimination – exclusion – legislation – prejudices.

SUMARIO: I. Presentación. II. La situación precaria de los hijos ilegítimos. III. Desmenuzando algunas cuestiones. a. ¿Prestigio y desprestigio social? b. ¿Hijos del prejuicio? IV. Algunas reflexiones abiertas a modo de conclusión.

“Los prejuicios del individuo, mucho mas que sus juicios, son la realidad histórica de su ser”
(Hans George Gadamer)¹

I. Presentación

Nuestro ordenamiento jurídico se halla fuertemente influenciado –en lo relativo a filiación y a patria potestad– por el derecho romano justiniano². En el derecho romano, la patria potestad fue transformándose paulatinamente, pasando de un poder absoluto del *pater* sobre los hijos a un simple deber de corrección, protección y asistencia.

En el Derecho Castellano los hijos se dividían en legítimos e ilegítimos. La división era tajante y acarrea diferencias notorias, no sólo con relación al *status* jurídico sino también social. Los hijos legítimos –es decir, aquellos nacidos dentro de un matrimonio válido o putativo³– estaban amparados bajo el ala tibia de la ley. Los ilegítimos, por el contrario, se encontraban más desprotegidos, según la categoría que portaban: naturales o espurios. Estos últimos, a su vez, se clasificaban en: adulterinos, incestuosos, mancillados y sacrílegos.

Esta clasificación se mantuvo, prácticamente sin variaciones, hasta la sanción del Código Civil⁴. Vélez Sarsfield adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que veían la necesidad de proteger a la familia legal, y a la descendencia matrimonial. Se le daba preeminencia a la familia legítima en sus aspectos

¹ Hans George Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, España / Ediciones Sígueme, 1977.

² Levaggi Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. II, 1987, pp. 145 y ss.

³ El matrimonio putativo es aquel contraído de buena fe por uno o por ambos cónyuges, aunque es reputado nulo.

⁴ A partir de la conquista española en nuestro territorio, los españoles introdujeron un sistema jurídico que perduró hasta la emancipación y mantuvo su vigencia en ciertas ramas del derecho hasta la segunda mitad del siglo XIX. Coexistían dos grupos de normas, aquellas provenientes del Derecho Indiano y las del Derecho Castellano (Ricardo Zorraquín Becú, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1988, p. 32).

morales y patrimoniales, condenando a los hijos nacidos fuera del matrimonio como “víctimas inocentes”, creando una valla de desigualdad⁵.

Sostiene María Josefa Méndez Costa⁶ que nuestro Código Civil estableció una serie de presunciones acerca de la filiación. Mientras la maternidad es cierta, solo verificable por el nacimiento del niño, no ocurre lo mismo con la paternidad. Los hijos legítimos, llamados actualmente matrimoniales, se reputan que son del marido, estableciéndose los plazos presuntivos de gestación y nacimiento durante el matrimonio.

Al igual que en el derecho castellano, los más favorecidos fueron los hijos naturales, es decir, “los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa”⁷. Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas.

La posibilidad de indagar sobre sus orígenes estaba vedada a los demás hijos ilegítimos⁸. Podían, empero, ser reconocidos en forma voluntaria por sus progenitores y recibir alimentos hasta la edad de 18 años⁹. Carecían, en todos los casos, de vocación sucesoria¹⁰. Como podemos advertir el tinte discriminatorio permanecía casi sin variaciones.

⁵ Lerner Bernardo (Director), *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, Tomo XII (Fami-Gara), 1967, p. 215.

⁶ Méndez Costa María Josefa, *La filiación*, Santa Fe-Argentina, Editores Rubinzal Culzoni, 1986, pp.113-118.

⁷ Artículo 311 del Código Civil.

⁸ Artículos 341 y 342 del Código Civil.

⁹ Artículo 343 del Código Civil

¹⁰ Artículo 344 del Código Civil.

Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos¹¹ no se les admitía legitimación alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y los que planteaban mayores inconvenientes pues representaban un punto muy sensible en la cosmovisión cristiana, debido a los votos religiosos de castidad y obediencia tomados por alguno de los progenitores. La ley 2393 de matrimonio civil, en su artículo 112, quitó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

La ley 14.367, dictada en 1954, equiparó a todos los hijos ilegítimos. Cesó la subdivisión en naturales, adulterinos e incestuosos, y formó una única categoría la de los extramatrimoniales. La ley tenía un propósito equiparador, pero aún quedaban resabios excluyentes con relación a los hijos naturales en cuanto a la porción hereditaria que llegó a ser mejorada, pero el intento no fue suficiente (alcanza a la mitad de la que corresponde a los matrimoniales). Quedaban incluidos en el derecho a sucesión los hijos adulterinos e incestuosos.

Finalmente la sanción, en 1985, de la ley 23.264 logró la equiparación definitiva de todas las categorías. Clasificó a los hijos en por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción, dando por finalizado un proceso de discriminación y exclusión flagrante, devolviéndole finalmente la dignidad humana a estos seres sometidos a un estricto rigor legal. Dispone el artículo 240, segundo párrafo del Código Civil que “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este código”.

II. La situación precaria de los hijos ilegítimos

Los hijos ilegítimos tenían, por lo general, una vida signada por situaciones de desamparo y un futuro incierto. Durante la etapa hispano indiana caracterizó a las

¹¹ A diferencia del derecho romano, el adulterio rige para ambos sexos.

sociedades latinoamericanas la entrega de menores a terceros para su crianza llevando, en algunos casos, una vida errante, marcada por la circulación de un hogar a otro, señala Nara Milanich¹².

Los nacimientos fuera del matrimonio eran usuales y la tasa de natalidad alta. La filiación ilegítima mostraba características particulares entre los distintos grupos sociales, raciales y étnicos. Aunque la mayoría de los estudios se centraron en la investigación de los hijos ilegítimos nacidos en familias pertenecientes a las elites, probablemente la tasa de natalidad fue muy superior entre las clases más bajas. Este tipo de filiación “estaba medida por el status social y la identidad étnica y racial, como factores mas fortuitos como la relación entre los progenitores del niño”, “el status de legítimo e ilegítimo funcionaba junto con otros factores como un determinante de jerarquía social”¹³.

Las ideas católicas impregnaban el imaginario social durante el período indiano y en el posterior su influencia fue muy fuerte. El sexo fuera del matrimonio era condenado. Rondaba la noción de mancha, defecto o infamia en relación a la ilegitimidad, donde “el honor de una mujer –y de sus parientes hombres– dependía de su continencia sexual” “un nacimiento ilegítimo significaba un deshonor para la mujer y su familia”¹⁴.

También estaba presente la idea de “linaje” o sangre “pura”, libre de toda contaminación con grupos considerados de bajo prestigio o status social, especialmente en la época colonial, donde la “limpieza de la sangre era un tema crucial”.

¹² “Perspectiva histórica sobre filiación ilegítima e hijos ilegítimos en América Latina”, *Revista de los Derechos del Niño*, Chile, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Año 2003, n° 2, pp. 225-227.

¹³ Ídem, p. 228.

¹⁴ Íbidem.

El tema de la ilegitimidad admitía matices y cierta flexibilidad porque, en algunos supuestos, el hijo ilegítimo podía –mediante ciertos mecanismos– convertirse en legítimo, los hijos naturales podían ser legitimados por el posterior matrimonio de sus progenitores.

El derecho era un reflejo poco dinámico de las actitudes sociales. Y aunque, paulatinamente, las legislaciones comenzaron a hacerse obsoletas, seguían siendo proclives a discriminar a los hijos habidos fuera del matrimonio.

Posteriormente, el derecho reflejará la cambiante realidad social (el habitus). El camino fue arduo y no exento de paradojas. Sin embargo el derecho no permaneció indiferente ante las situaciones de hecho que pugnaban en distintos momentos históricos.

III. Desmenuzando algunas cuestiones

a. ¿Prestigio y desprestigio social?

El prestigio social es la “estima relativa en que se encuentra un individuo en un sistema social de evolución diferenciada”¹⁵. Se sugiere que este “valor asignado al status o cargo como tales, es independiente de quien lo desempeña o de cómo se llevan a cabo en la práctica las exigencias del cargo”, siendo un concepto que en realidad es individualizador.

Por lo general existen escalonamientos de las posiciones sociales consideradas como buenas o malas, bajas o elevadas, inferiores o superiores. El concepto desborda lo sociológico y roza lo psicológico.

Desde una postura sociológica, el término alude a una función dentro de un sistema social, haciendo abstracción del individuo. Existe una necesaria relación

¹⁵ Parsons T, *El sistema social*, Madrid, 1966, p. 144. Citado en Ger, *Diccionario Sociológico* (<http://www.canalsocial.net/GER/busquedaav.asp>)

con el concepto de poder, pues “quien ocupa una posición mientras la ocupa, independientemente de sus dotes posee el prestigio inherente a ella”.

La adquisición del prestigio –como móvil– se relaciona “con la estratificación social, que cada vez contempla mas solo el aspecto, posición y status, tomando en cuenta el elemento cualitativo de prestigio”.

Esta mirada sobre el prestigio, el status y la estratificación social era más rígida en épocas más remotas cuando la pirámide social era más verticalista y estática. A través del tiempo se fueron quebrando esquemas y dejando de lado la jerarquización social, permitiendo la movilidad social.

Dentro de este marco, la categoría de “hijos ilegítimos” fue ampliando los rígidos límites y achicando la brecha (antes inflexible) de reconocimiento en la sociedad, luego plasmada en el ordenamiento jurídico.

b. ¿Hijos del prejuicio?

El prejuicio es “un juicio previo” (pre-juicio) al conocimiento cabal de una cosa. Generalmente, el término tiene una impronta peyorativa, pues sugiere actitud no razonada, basada en conjeturas, donde no existe un conocimiento completo de aquello que se pretende juzgar.

Los prejuicios son considerados por Gastón Bachelar como “obstáculos epistemológicos”, como limitaciones internas en el proceso de conocimiento. Todo aquello que impide una construcción racional del objeto, como opiniones, el juzgar por las apariencias o lo inmediato o no reflexivo¹⁶. De allí que, aunque el conocimiento nunca sea pleno, sino aproximado, para conocer algo se hace

¹⁶ Herder, “*Diccionario de Filosofía*” en cd room, Madrid, 2004.

necesario superar estos obstáculos. Para este autor, conocer significa una “ruptura” pues “se conoce contra todo conocimiento anterior”¹⁷.

En Hans George Gadamer, –desde una perspectiva más filosófica– la noción de prejuicio es central. Considera que los hombres se hallan instalados en prejuicios, en una tradición histórica en la cual se hallan inmersos –donde han nacido y se han desarrollado–, y dentro de ella se establece la posibilidad de diálogo y comunicación. En el desacuerdo en el diálogo y en la comunicación, nace el “acuerdo”, constituido por la tradición, la autoridad y el prejuicio.

Los individuos al pertenecer a una sociedad, se moldean según la tradición, configurando ésta a su vez, una serie de prejuicios que le permiten entenderse en un contexto y momento histórico. Así, la realidad histórica del individuo está en los prejuicios, y la actitud de pertenencia es la condición para una comprensión de esa realidad.

Gadamer dirige sus investigaciones a las condiciones de la comprensión y la interpretación, especialmente en las llamadas ciencias humanas, entendiendo esa comprensión como rasgo constitutivo del Dasein. Enrolándose en una postura hermenéutica nos señala que la interpretación requerida para la comprensión es realizada por un sujeto histórico, tomando como punto de partida unas condiciones dadas espacio-temporales, y de estructuras previas de pre-comprensión.

En todo proceso de comprensión se parte entonces de prejuicios o supuestos, que constituyen una memoria cultural que abarca teorías, mitos, tradiciones, etc. Este sujeto sintetiza tras de sí –en el acto de comprender– toda la historia. Estos prejuicios o presupuestos son para este autor, constitutivos de la realidad histórica del ser humano, y va a afirmar que “los prejuicios del individuo, mucho más que sus juicios, son la realidad histórica de su ser”.

¹⁷ *Filosofía del no. Ensayo de una filosofía de un nuevo espíritu científico*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1984.

Era evidente, que esta categoría de hijos ilegítimos no sólo estaba marcada por la impronta del prejuicio, sino que además éstos eran estigmatizados socialmente por su condición.

El eminente sociólogo Erving Goffman¹⁸ analiza este concepto a partir de las interacciones en un grupo en el cual se encuentra un sujeto “estigmatizado” social o históricamente. Se remonta a los griegos quienes “crearon el término para referirse a marcas corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba”. Luego el cristianismo le agrega otra connotación¹⁹.

Actualmente la palabra es prácticamente utilizada con su sentido original. La sociedad tiende a “categorizar a las personas y el complemento de atributos que se perciben como corrientes en los miembros de cada una de las categorías”²⁰.

El autor diferencia tres tipos de estigmas: las abominaciones del cuerpo (como deformidades físicas), las fallas del carácter (como la falta de voluntad, pasiones tiránicas y antinaturales, creencias rígidas y falsas, deshonestidad) y las condiciones raciales o religiosas (estigmas tribales de raza o religión, susceptibles de ser transmitidos por herencia y continuar por igual a todos los miembros de una familia). La categoría de los hijos ilegítimos puede ajustarse al segundo y tercer estigma aludido por Goffman.

¿Cuál sería la lógica para estigmatizar a una persona? Desde este punto de vista, se crea la ilusión que una persona con un estigma no es totalmente humana, supuesto que sirve como legitimador de diversos tipos de discriminación,

¹⁸ *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu editores S.A., segunda edición, Buenos Aires, Madrid, 2008. Goffman se aboca al estudio de la llamada “microsociología”. Escribe la obra en el año 1963

¹⁹ El cristianismo agrega dos significados metafóricos al término: el primero aludía a signos corporales de la gracia divina, que tomaba forma de brotes eruptivos en la piel, y el segundo como referencia indirecta a esta alusión religiosa, a los signos corporales de perturbación religiosa.

²⁰ Goffman, ob. cit., p.13 y ss.

“mediante la cual reducimos en la práctica a menudo sin pensarlo, sus posibilidades de vida”²¹.

Se construye una “teoría del estigma, para explicar su inferioridad y dar cuenta del peligro que implica esa persona, racionalizando a veces una animosidad que se basa en otras diferencia, por ejemplo, la de clase social”.

Creemos que los llamados “estigmas” son preconceptos creados, inculcados y adjudicados por la comunidad, a fin de desvalorizar y excluir socialmente a los sujetos que no habían tenido la “suerte” de nacer dentro de los lineamientos impuestos por la misma.

IV. Algunas reflexiones abiertas a modo de conclusión

Hemos intentado un breve recorrido a través del derrotero seguido por la categoría de los hijos ilegítimos, un camino sinuoso y difícil han debido atravesar hasta llegar a nuestros días.

Quisimos exponer algunas miradas muy acotadas, desde lo sociológico, lo histórico y lo filosófico. Creemos que todo punto de partida representa simplemente una perspectiva o un “horizonte de sentido”, pensamos lo prejuiciosa y discriminante que puede ser una sociedad con un grupo en particular, sólo por ser diferente o no adecuarse a los rígidos cánones por ella establecidos.

Nos parece que detrás de estos mandatos, subyacen imaginarios, mitos, ideales, poderes e intereses (por ejemplo económicos en cuestiones hereditarias) sobre todo en una época histórica donde resultaba sumamente difícil establecer la filiación, pues no se contaba con los recursos y descubrimientos de los que actualmente disponemos (pruebas biológicas que nos permiten arribar a conclusiones casi exactas).

²¹ Ídem, p. 17.

Otra cuestión a tener en cuenta, es la cuestión religiosa: los hijos ilegítimos eran “los hijos del pecado” (incesto, adulterio, sacrilegio, fornicación). Los hijos frutos de uniones extramaritales eran el resultado evidente de la inobservancia de lo social y de lo moralmente esperado. La manera de desalentar tales tipos de conductas, era establecer fuertes controles restrictivos sociales y jurídicos. Sin duda, este grupo se encontraba excluido e invisibilizado a la “sombra de la ley” tal como titula Nara Milanich otro de sus trabajos²².

¿Existe una necesidad de las sociedades de depositar en algún grupo al que considera “diferente” sus propias proyecciones negativas? ¿Semejante actitud no estará impregnada de un profundo miedo? ¿O se trata de la “tiranía de la mayoría” que impone su poder de excluir aquello que no resulta funcional a sus intereses? ¿Por qué construimos estigmas?

A todas luces la legislación ha ido suavizando y humanizado la situación de exclusión y desamparo legal que sufría esta categoría de hijos ilegítimos, la pregunta que nos interpela en la actualidad es ¿trasladaremos esa discriminación y marginación a otros grupos sociales? ¿cual será el grupo elegido sobre el que construiremos un estigma social: los negros, los judíos, los pobres, los que tienen otro tipo de orientación sexual, los indígenas, los inmigrantes, en fin, aquellos que percibimos diferentes?

Consideramos que el avance significativo en la legislación hacia la equiparación de todos los hijos es un triunfo de la dignidad humana frente a la hipocresía subyacente en las sociedades.

²² Milanich Nara, “¿A la sombra de la ley? Los niños en la Historia y Sociedad de América Latina”, *Revista de los Derechos del Niño*, Chile, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Año 2006, n° 3 y 4.

Finalmente, ofrecemos las palabras de Martin Luther King como un disparador para la reflexión. Ellas son fiel reflejo de la impotencia de aquellos que se sienten excluidos y marginados, por el hecho de “ser” distintos, o estar enmarcados en diversas circunstancias que no se condicen –muchas veces– con los férreos modelos que la sociedad impone en un momento histórico determinado: “Ser negro en Estados Unidos, significa el dolor de sentir como el mal y la angustia, matan todas las esperanzas antes de nacer”.