

# LA LEGITIMACION EN EL CODIGO CIVIL Y EN LA LEY 14.367

Por

GUILLELMO F. FRUGONI REY

Profesor Asociado Interino de Derecho Civil I

## I — INTRODUCCIÓN.

Legitimar consiste simplemente en convertir en legítimo lo que no es y aplicado a los hijos, convertir en legítimos los hijos habidos fuera del matrimonio, mediante un acto determinado por la ley en virtud del cual un hijo ilegítimo o extramatrimonial, por una ficción o creación legal, se equipara a los legítimos o matrimoniales en las relaciones jurídicas familiares.

La legitimación halla su fundamento racional en la circunstancia de que el amor y la protección de los padres hacia sus hijos surge de un instinto natural, no siendo exclusivo para con los nacidos en legítimas nupcias sino para con todos los que se engendran.

La legitimación permite constituir en familia legítima lo que comenzó fuera de ella y de la ley, siempre que no perturbe el orden social y por ello la legitimación halla sus límites en el peligro de que resulte un premio a la ligereza o a las personas desenfrenadas y el perjuicio que se causa a la familia legítima o matrimonialmente constituida.

Con ella se da a los padres la posibilidad de borrar una flaqueza reparando el mal causado y mejorar la condición de los hijos cumpliendo con más facilidad los deberes de la educación y dirección que toda paternidad, por el solo hecho de tal, impone a los seres humanos.

Si bien esta institución es de origen romano, la palabra "legitimación" no se encuentra en el Derecho de Roma, habiéndose sido aplicada por los intérpretes modernos a los modos estableci-

dos por los emperadores cristianos para la adquisición de la patria potestad sobre los hijos ilegítimos<sup>1</sup>.

Se la ubica en tiempos de Constantino, en que se aplicó a los hijos nacidos de concubinato con el objeto de hacerlos desaparecer o disminuirlos, permitiendo legitimar por subsiguiente matrimonio todos los hijos nacidos del concubinato con mujer ingenua que existían al promulgarse la respectiva Constitución (año 335).

Más adelante Teodosio y Valentiniano (443) permitieron adscribir a la Curia los hijos naturales, creando así otro modo de legitimación (oblatio curiae). A su vez, Justiniano por una Constitución del año 529 reiterada al año siguiente, dispuso que en todo tiempo se pudiese legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos nacidos de concubinato y en el año 538 por la Novela 74 introdujo otro modo de legitimación, el rescripto del príncipe.

En el derecho actual sólo subsisten dos clases de legitimación: la originada por el subsiguiente matrimonio de los padres y la debida a concesión del Estado denominada en los países monárquicos "concesión real". La otra, la "oblatio curiae", privativa de la organización del pueblo romano ha desaparecido sin dejar rastros.

La legitimación por subsiguiente matrimonio está admitida por todas las legislaciones, excepto la soviética donde carece de aplicación por no existir diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Por su parte la legitimación por concesión estatal o del poder público, ya en forma administrativa ya judicial solo la admiten España, Italia, Holanda, Suiza, en Europa y Perú, Cuba y Venezuela en América.

Nuestra legislación sólo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres<sup>2</sup>. La norma pertinente se halla en el art. 311 del C. Civil que dice: "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres."

Surge de la disposición citada que nuestro Código ha seguido el sistema tradicional inspirado en el Derecho romano, el canónico y el español y en los conceptos vigentes en la época sobre la filiación ilegítima y las distintas clases de hijos que esta abarca (naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos) y sólo admite, como

<sup>1</sup> En el Derecho de Roma la legitimación fue un modo jurídico o artificial de adquirir la patria potestad sobre los descendientes habidos fuera de justo matrimonio (matrimonium iuris gentium y concubinato), pero no con respecto a aquellos que eran fruto de uniones ilícitas que por consiguiente verdaderamente caían bajo la esfera del Derecho Penal (Stuprum) que comprendía el adulterio, el incesto, el sacrilegio y la bigamia).

<sup>2</sup> La legitimación por rescripto no es admitida por la ley argentina, sin embargo con anterioridad a la sanción del Código, podemos citar la ley N° 41 sancionada el 1° de septiembre de 1855 que legitima los hijos naturales del general Urquiza.

lo expresa el citado precepto legal, la legitimación de los hijos naturales, es decir aquellos habidos de padres que al tiempo de la concepción del hijo pudieron casarse, norma que se confirma en el art. 324 al definir a los hijos naturales<sup>2</sup>.

## II. — Requisitos.

Nuestro Código, como todas las legislaciones inspiradas en iguales principios, exige dos requisitos para que se opere la legitimación de los hijos naturales y son: el matrimonio válido de los padres<sup>3</sup> y el reconocimiento conjunto o separado de ambos padres no bastando el que haga uso solo de ellos.

Este segundo requisito, se halla exigido por el Art. 317 que expresa: "Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle antes de la celebración del matrimonio, o al inscribirse éste en los registros parroquiales, o dos meses después de celebrado el matrimonio."

Con esta exigencia el legislador trató de evitar que esposos sin hijos encubriendo una adopción prohibida por la ley, reconocieran a un extraño como tal convirtiéndolo en legítimo.

Gran parte de la doctrina considera injustificada esta disposición limitativa tendiente a impedir la introducción de un extraño en la familia por vía de legitimación, considerando que más lógico hubiese sido admitir que habiendo nacido el hijo de quienes luego contraen matrimonio la legitimación se opere cualesquiera fuese el momento del reconocimiento<sup>4</sup>.

Se presenta una cuestión sobre el carácter del reconocimiento pues la ley nada dice si sólo produce legitimación el "reconocimiento voluntario" o también se produce con el forzoso.

La mayoría de nuestros autores<sup>5</sup> se inclinan a aceptar que el reconocimiento forzoso (judicial) contra la voluntad de los

<sup>2</sup> El art. 311 reconoce como antecedente inmediato el art. 316 del proyecto de Goyena y en el art. 1558 del Esbozo de Freyre, disposición análoga también al art. 303 del C. de Chile. Antes de la sanción del Código regía entre nosotros el Título XIII de la Purísima<sup>4</sup> y desde el 28 de octubre de 1857, en Buenos Aires, un decreto del gobernador Alsina.

<sup>3</sup> Siendo nulo el matrimonio y de mala fe por ambos cónyuges, de conformidad con lo que dispone el art. 89 de la ley 2193 (matrimonio Civil), no produce ningún efecto civil razón por la cual no puede legitimarse los hijos naturales. En cuanto al matrimonio putativo habiendo existido buena fe por parte de uno o de ambos cónyuges, se legitiman los hijos concebidos durante el matrimonio putativo y los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo y nacidos después, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 87, incs. 3 y 4 y 88 de la citada ley, y también los hijos naturales concebidos y nacidos antes del matrimonio putativo aunque la ley no lo diga expresamente porque el matrimonio putativo produce los mismos efectos que el válido (Cfms. Basso, t. II, pág. 700).

<sup>4</sup> Lafaille 263.

En el D. Canónico la legitimación se produce de pleno derecho por objeto del matrimonio, sin que sea necesario el reconocimiento anterior (Canon. 1118).

<sup>5</sup> Díaz de Guisarro y otros.

padres produce la legitimación siempre, por supuesto, que haya recaído en el plazo previsto por la citada disposición legal, pues el obtenido con posterioridad no puede producirla salvo que se haya fundado en la posesión de estado desde que ésta equivale a un reconocimiento voluntario, si bien no formal. En lo que respecta al reconocimiento voluntario, según el art. 318 puede efectuarse ya sea en la partida de nacimiento por los dos padres, ya ante el juez del lugar, levantándose acta, ya por escritura pública otorgada por los padres en los plazos legales o ya en presencia del encargado del Registro Civil<sup>7</sup> y testigos si se efectuara al celebrarse el matrimonio.

De acuerdo con Busso<sup>8</sup> entendemos que también por testamento en los términos del Art. 333<sup>9</sup>, pero siempre dentro de los plazos señalados por el art. 317.

Por otra parte, de acuerdo con lo prescripto por el art. 317 el reconocimiento debe tener lugar antes de la celebración del matrimonio o al inscribirse éste en los registros parroquiales (después de la reforma de 1884 en el Registro Civil) o dos meses después de celebrado el matrimonio.

Para solucionar los inconvenientes derivados de la omisión del reconocimiento en los plazos legales la doctrina y la jurisprudencia<sup>10</sup> aceptan que la posesión de estado por parte del hijo natural hace innecesario el reconocimiento expreso, de tal modo que los hijos que no fueron reconocidos formalmente con anterioridad al matrimonio o durante el mismo o dentro del plazo de los dos meses siguientes, pueden en cualquier momento obtener el beneficio de legitimación, probando la posesión de estado al bien exhibiendo una demostración acabada de la misma<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Antes de la ley de Matrimonio Civil, el párroco.

<sup>8</sup> T. II, pág. 708.

<sup>9</sup> "Se tendrá en como reconocimiento hecho del hijo natural, en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, o de frase incidente, en que se manifiesta la voluntad de reconocerlo por su hijo natural; pero todo reconocimiento en testamento puede ser revocado".

<sup>10</sup> LaSalle 282. Frayeres 272. Répère I, 75, pág. 155. Jurisprudencia: Cám. Civ. 1<sup>ª</sup>, 23/3/942, J. A., 1942-IV-908; Cám. Civ. 2<sup>ª</sup>, 30/10/950, L. L., 80-811; Cám. Nac. Civ. A., 21/8/952, J. A., 1952-IV-179; Cám. Nac. Civ. D., 4/11/953, L. L., 73-703; Cám. Nac., Bahía Blanca, 30/11/953, J. A., 1954-III-339; Cám. 1<sup>ª</sup> La Plata, 16/12/947, J. A., 1947-IV-762; Cám. 2<sup>ª</sup> La Plata, 27/3/938, J. A., 33-56; Cám. 1<sup>ª</sup> Córdoba, 28/10/937, L. L., 9-611; S. C. Tucumán, 11/3/92, J. A., 12-932; S. T. San Luis, 17/6/947, J. A., 1947-III-436.

<sup>11</sup> No habiendo admitido la prueba testimonial cuando es vaga e imprecisa, o de referencias y algunas veces no se ha aceptado una simple información sumaria, exigiéndose por el contrario juicio ordinario. C. Civil 2<sup>ª</sup>, 30/3/96, La Ley, 2-127; C. Civil 2<sup>ª</sup>, 11/6/93, J. A., 1943-III-282.