

ENTRE LA SOMBRA Y LA LUZ LOS HIJOS ILEGÍTIMOS EN LAS TESIS DOCTORALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (1871-1888)

Por VIVIANA KLUGER *

RESUMEN:

En 1871, comenzaba a regir en Argentina un código civil que siguiendo en parte los antecedentes castellanos, dividía a los hijos ilegítimos en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos; mientras que en 1888 la Ley de Matrimonio Civil derogó las disposiciones del código sobre hijos sacrílegos.

Entre 1871 y 1888, en las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires hubo quienes se manifestaron en contra de condenar a los hijos por los hechos de sus padres; otros que apuntaron a hacer responsables a éstos, y se propiciaron soluciones para mejorar la condición legal de los hijos ilegítimos.

En este trabajo se analizan los distintos aspectos abordados en las tesis, como la regulación de la filiación ilegítima en el Código, los distintos tipos de hijos ilegítimos, la indagación de la paternidad, la legitimación, los deberes y derechos de la filiación natural, la opinión de los doctorandos, algunos aspectos metodológicos y los planteos de reforma, entre otros temas.

PALABRAS CLAVES: Hijos ilegítimos - Tesis Doctorales - Universidad de Buenos Aires.

ABSTRACT:

In 1871, a new civil code began to be applied in the Argentine Republic that, partly following Castilian roots, divided illegitimate children into the categories of "natural", "adulterino", "incestuoso" and "sacrilego". In 1888, the Civil Marriage Law repealed the provisions relating to "hijos sacrílegos" contained in the Civil Code.

Between 1871 and 1888, concerns were voiced in some doctoral theses presented at the University of Buenos Aires, over punishing children for their parents' actions. Others aimed to make parents responsible for their children and promote solutions in order to improve illegitimate children's legal status.

This work explores the different issues raised in the theses, such as the regulation of illegitimate filiation in the Code, the different kinds of illegitimate children, the actions to establish paternity, standing to bring an action, duties and rights arising from the "filiación natural", the students' opinions, some methodological aspects, and the calls for reform, among other issues.

KEYWORDS: Illegitimate children - Doctoral theses - University of Buenos Aires.

Original recibido: 14/04/2016.

Original aceptado: 24/06/2016.

* Abogada y Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Docente investigador Categoría II, Secretaría de Ciencia y Tecnología. Docente de grado, posgrado y doctorado en UBA y en UCES. Secretaría Académica Doctorado en Derecho, UCES.
www.vivianakluger.com.ar E-mail: vkluge@hotmail.com

Sumario:

I. LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y LAS TESIS DOCTORALES. II. LA METODOLOGÍA DE LAS TESIS. III. LOS TEMAS TRATADOS. A. **Discriminación entre los hijos legítimos e ilegítimos.** B. **Indagación de la paternidad y maternidad, reconocimiento y legitimación.** C. **Otras cuestiones.** IV. LAS FUENTES UTILIZADAS. A. Derecho castellano. B. Derecho comparado. C. Doctrina. D. Jurisprudencia. V. LOS JUICIOS ACERCA DE LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y LAS SUGERENCIAS DE REFORMA. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

¿Qué orden social es este que se robustece destruyendo las leyes de moralidad y de justicia, al inmolar el derecho de un ser inocente á la vida y á la sociedad y libertando al autor, de las obligaciones y de los deberes que la naturaleza le ha impuesto?¹

En 1871 se comenzaba a aplicar en la República Argentina, un código civil que siguiendo en parte los antecedentes castellanos, dividía a los hijos en legítimos e ilegítimos, y a estos últimos, en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Conforme este código, los "hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, no tienen, por las leyes, padre o madre ni pariente alguno por parte de padre o madre" y "no tienen derecho a hacer investigaciones sobre la paternidad o maternidad"².

¹ DANIEL M. ESCALADA, *Estudio sobre filiación natural*. Buenos Aires, Imprenta del Porvenir, 1879, p. 12. En adelante en todas las citas textuales de las tesis se mantendrá la ortografía original del autor.

² Artículo 342, *Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield y Leyes y Decretos complementarios*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia, 1981. Conforme lo que señala Moisset de Espanés, el autor del Código civil argentino no numeró de manera corrida su proyecto, porque previó que podían efectuarse supresiones o adiciones en los artículos, por lo que cada título llevaba una numeración particular. El mismo codificador le expresó al Ministro de Justicia en su nota de elevación del Proyecto del Libro Primero que de esta forma, cuando el Código se publicara con las variaciones que se le hubiesen hecho, se pondrían todos los artículos bajo una sola numeración. De esta forma, tal como refiere Moisset de Espanés, "las primeras ediciones privada y oficiales aparecen con su numeración fraccionada por títulos hasta la aparición de la llamada edición 'Pampa' que fue declarada edición oficial por Decreto del 4 de diciembre de ese año, en la que aparece el código con la numeración de 4051 artículos". Conforme LUIS MOISSET DE ESPANÉS, "Reflexiones sobre el derecho de prenda en el Código civil argentino (Diálogo entre hombres de derecho)". Disponible en (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprenda>). [Fecha de

Vélez Sársfield recogía en parte la clasificación efectuada por las Partidas, que distinguía entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Conforme el ordenamiento alfonsí, estos últimos eran de dos clases: naturales y espurios.

Los hijos naturales estaban definidos en la Partida IV, título 15, ley 1; y también se hacía referencia a ellos en la Ley II de Toro y en el libro 5, título 8, ley 9 de la Recopilación Castellana de 1567, considerándose tales a “aquellos cuyos padres al tiempo de la concepción o del nacimiento están hábiles para contraer matrimonio sin dispensa”³.

También de acuerdo al derecho castellano, los espurios eran todos los hijos ilegítimos, a excepción de los naturales. Recibían diversas denominaciones según su categoría, a saber: adulterinos, notos o fornecinos, que son los que tenía la mujer casada con soletero o casado que no fuera su marido. En la Ley 9 de Toro se los llamaba “de dañado y punible ayuntamiento” porque de ello se seguía castigo para la mujer. A los hijos de casado con mujer viuda o soltera se los llamaba bastardos. Nefarios eran los procreados por ascendientes en trato carnal con sus descendientes. Incestuosos, los habidos en parientes transversales en grado prohibido, a menos que se obtuviera dispensa o bien los padres ignoraran la existencia del impedimento. Sacrilegos o hijos de dañado ayuntamiento eran los nacidos de clérigos de orden sacro, frailes y monjas profesos. Finalmente, manceres, mancillados o hijos de puta eran los nacidos de ramerías públicas, nobles o plebeyas⁴.

Diecisiete años después del comienzo de aplicación del Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil avanzaba sobre la distinción efectuada por el codificador, introducía la primera reforma en materia de filiación, al derogar las disposiciones del código relativas a hijos sacrilegos⁵, e iniciaba, de esta manera, el camino hacia la equiparación de todas las clases de hijos que culminaría en 1985 con la sanción de la ley 23264⁶.

Entre el comienzo de aplicación del código y la sanción de la referida ley, en los claustros de la Universidad de Buenos Aires resonaron voces que se alzaron

consulta: 31/10/2015]. Para facilitar la referencia y la consulta, en el presente trabajo emplearé la numeración utilizada a partir de la citada edición “Pampa”.

³ Conforme ANTONIO DOUNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003, p. 391.

⁴ DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema...*, cit., p. 393.

⁵ Art. 112, Ley 2393 de Matrimonio Civil. Disponible en (<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48953/norma.htm>). [Fecha de consulta: 25/02/2016].

⁶ Ley 23264 Código Civil y Código de Comercio. Filiación-Modificaciones. Disponible en: (<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=96343>). [Fecha de consulta: 25/02/2016].

en contra de condenar a los hijos por los hechos de sus padres; que apuntaron a hacer responsables a los progenitores por engendrar a sus hijos y a propiciar soluciones que tendieran a mejorar la condición legal de los hijos ilegítimos. Muchas de estas voces provinieron de las tesis presentadas para obtener el grado de doctor en jurisprudencia.

A partir del comienzo de aplicación del Código Civil (1871) y la sanción de la Ley de Matrimonio Civil (1888) se presentaron alrededor de veinte tesis que trataron en forma directa o indirecta la filiación ilegítima⁷. El objeto del presente trabajo consiste en analizar veinte de estas piezas jurídicas, escritas en el referido lapso, con miras a hacer un aporte acerca del proceso que llevó a la equiparación de todos los tipos de hijos, así como sobre la enseñanza del derecho en los claustros universitarios hacia fines del siglo XIX. Se inserta, de esta manera, en una línea de investigación iniciada en 2007, que utiliza como fuente, tesis doctorales de distintas épocas y sobre diversos temas⁸.

Comienzo con una referencia a la Universidad de Buenos Aires y las tesis doctorales, para pasar luego a la metodología de las tesis, los temas tratados por los doctorandos, discriminación entre tipos de hijos, indagación de la maternidad y la paternidad, reconocimiento y fuentes utilizadas, para finalizar con los juicios de los

⁷ Conforme lo que surge de la obra de MARCIAL CANDIOTI, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921*, Buenos Aires, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920.

⁸ VIVIANA KLUGER, “Cuando se acaba el amor: Una visión del divorcio según las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1874-1900)”, en *Revista de Historia del Derecho* núm. 35, [2007], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2008, pp. 227-268; VIVIANA KLUGER, “Un aporte sobre el derecho italiano en los claustros universitarios. Su invocación en algunas tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1878-1898)”, en *Seminari di aggiornamento professionale (2007-2009)*, [2009], Nápoles, Collana dei Quaderni di Rassegna Forense, Consiglio Nazionale Forense, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 103-117; VIVIANA KLUGER, “Voces y ecos del derecho castellano-indiano en los claustros universitarios: Un ejemplo en los albores de la codificación (Universidad de Buenos Aires, 1861-1870)”, en *Revista de Historia del Derecho [online]*. 2009, núm. 37, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Disponible en (http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid-S1853-17842009000100002&lng-es&nrm-iso). [Fecha de consulta: 07/04/2013]; VIVIANA KLUGER, “Diez sobresaliente, publicación y premio: Las tesis premiadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1892-2007)”, en *Revista de Historia del Derecho [online]*. 2011, núm.42, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 55-87. Disponible en (<http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n42/n42a03.pdf>). [Fecha de consulta: 17/07/2013]; VIVIANA KLUGER “De las leyes de Indias al Código Civil argentino. La posesión hereditaria en las tesis doctorales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1895-1994)”, en EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA (Coord.), *Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos M. Córdoba*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, pp. 611-641; VIVIANA KLUGER, “Entre el aula y el birrete: las tesis doctorales sobre la posesión hereditaria. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (1895-1905)”, en *Estudios en homenaje al Profesor Doctor Abelardo Levaggi* (En prensa).

tesistas acerca de las soluciones adoptadas en el Código de Vélez y las sugerencias de reforma.

Me adentro, de esta manera, en las concepciones jurídicas, las mentalidades, los prejuicios, la formación, la permeabilidad, la rigidez o la flexibilidad, de la generación a la que le tocó constituirse en primera intérprete de las disposiciones acerca de la filiación ilegítima. De esta manera aspiro a detectar cómo, desde los claustros universitarios, se preparó el camino para las reformas legislativas que comenzaron poco después del inicio de aplicación del código civil y que se sucedieron, sin solución de continuidad, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la República Argentina mediante la ley 26994 del 1 de octubre de 2014.

I. LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y LAS TESIS DOCTORALES

En 1821 se fundó la Universidad de Buenos Aires y se dividió en cinco Departamentos, uno de los cuales fue el de Jurisprudencia. Los estudios jurídicos estaban dispuestos en dos niveles, el académico, cuyo título lo daba la Universidad, -“Doctor en Jurisprudencia”- y el profesional, que habilitaba para litigar o abogar por alguna causa. Esta estructuración era en forma sucesiva, porque primero debían cursarse los estudios en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad y luego en la Academia de Jurisprudencia, con un total de cinco o seis años, según la época. De lo señalado se desprende que “el título universitario no era habilitante *per se*” porque quien aprobaba las asignaturas previstas sólo recibía un título académico como Doctor en Jurisprudencia que no le permitía desempeñarse en la profesión. El egresado debía realizar después los tres años en la Academia de Jurisprudencia, situación que varió en 1872 al suprimirse la Academia y crearse la cátedra de Procedimientos en la Universidad⁹.

El 26 de marzo de 1874, el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires se transformó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales¹⁰. Conforme su primer reglamento, dictado en 1875, cursados los cinco primeros años, se obtendría el grado de licenciado y terminados los seis, el de doctor. El primero habilitaría para el ejercicio de la abogacía y de la magistratura; el

⁹ ABELARDO LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino*, t. 1, 2ª edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 345; TULLIO ORTIZ, “Reseña Histórica. Sinopsis sobre la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”. Disponible en (<http://www.derecho.uba.ar/institucional/historia>). [Fecha de consulta: 02/04/2013], MARÍA ISABEL SEOANE, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981, pp. 61-67.

¹⁰ CANDIOTTI, *Bibliografía...*, cit., p. 209.

segundo para ingresar al profesorado universitario. Según Agustín Pestalardo, el plan se reducía a cinco años, los títulos de abogado y doctor se otorgaban al mismo tiempo y nunca se expidieron diplomas de licenciado¹¹.

En función de lo señalado precedentemente, las primeras tesis que se analizan en el presente trabajo se presentaron en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, mientras que las últimas fueron defendidas ante la Facultad de Derecho de la misma Universidad¹².

Durante el período que corresponde a las tesis que estudio tuvieron lugar importantes acontecimientos, tales como la reforma de la Constitución de 1853 y el tránsito de la universidad provincial a la universidad nacional¹³. Según Candiotti:

Las exigencias cada vez mayores de la enseñanza para formar jurisconsultos cuya preparación respondiera al ambiente del progreso general

¹¹ AGUSTÍN PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, p. 85.

¹² A continuación se indican las tesis estudiadas: DAVID DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1871; ANTONIO M. PIRAN, *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tit. IX, Lib. IV, del Código Civil*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1872; EMILIO VIALE, *Estudio sobre hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1874; TOMÁS DEL CORRO, *Filiación natural*, Buenos Aires, Impr. de Pablo E. Coni, 1874; FRANCISCO DE LAFUENTE, *Estudio sobre los hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta Especial para obras, de Pablo E. Coni, 1875; MARTÍN MEYER, *Una cuestión sobre filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta Rural, 1875; JORGE MORRIS, *Hijos sacrílegos*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1876; JOSÉ A GARCÍA, *Del reconocimiento de los hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1877; DANIEL M. ESCALADA, *Estudio sobre filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta del Porvenir, 1879; ANGEL MIRA, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1879; SIXTO FERNÁNDEZ, *Posesión de estado de hijo natural*; Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1879; JUSTO GUALBERTO URQUIZA, *Investigación de la paternidad*, Buenos Aires, Imprenta de El Siglo, 1879; CÁNDIDO V. MENDOZA, *De la legitimación*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1880; TOMAS W. LAIDLAW, *Filiación natural*, Buenos Aires, Impr. de M. Biedma, 1880; PEDRO KOCH, *La Legitimación*, Buenos Aires, Impr. de Ostwald y Martínez, 1881; ALEJANDRO AUDIBERT, *Una cuestión sobre filiación*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1883; JOSÉ E. ROBERT, *Hijos naturales*, San Martín, Escuela de Artes y Oficios, 1883; GABRIEL GIRALT, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Imprenta, Litografía y Encuadern de Stiller & Laass, 1884; SOTERO F. VASQUEZ, *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*, Buenos Aires, Imp. y Fund. de Tipos La República, 1884 y EDUARDO GAFFAROT, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1884.

¹³ Conforme la clasificación efectuada por EDUARDO BIDAU y NORBERTO PIÑERO, en *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta de Martín Biedma, 1889.

en que se encauzaba el país, dieron lugar a disposiciones ulteriores por las que se creaban nuevas cátedras en el departamento de jurisprudencia... a su frente se colocaron hombres cuya figuración se destacó bien pronto en la vieja casa de estudios jurídicos¹⁴.

Al mismo tiempo, y según el mismo autor, la sanción o los proyectos de los códigos, así como la vigencia y práctica de la constitución, desde 1853 “debían también aumentar el campo de acción de la enseñanza de las materias respectivas fomentando lógicamente el estímulo de los estudiantes para la preparación y presentación de sus trabajos doctorales”¹⁵.

Para la época en la que estas tesis fueron presentadas, eran rectores de la Universidad de Buenos Aires Juan María Gutiérrez, Vicente Fidel López y Manuel Quintana, decanos Manuel Quintana, Carlos Tejedor, Sixto Villegas y Leopoldo Basavilbaso, y catedráticos de derecho civil José María Moreno, David de Tezanos Pinto, José M. Rosa y Luis Lagos García. Algunos de los padrinos de tesis fueron Rafael Ruiz de los Llanos¹⁶, Bernardo de Irigoyen¹⁷, Manuel Quintana¹⁸, Carlos Saavedra Zavaleta¹⁹, Próspero García²⁰, Benjamín Victorica²¹, Isaac P. Areco²², Eduardo Copmartin²³, Manuel M. Escalada²⁴, David de Tezanos Pinto²⁵ y Juan José Montes de Oca²⁶, entre otros.

II. LA METODOLOGÍA DE LAS TESIS

El corpus documental que analizo está constituido por una serie de trabajos éditos -en función de la disposición de 1863, que hizo obligatoria la publicación de la tesis²⁷- muy breves, de entre 30 y 60 páginas aproximadamente,

¹⁴ CANDIOTTI, *Bibliografía...*, cit., p. 115.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Padrino de David de Tezanos Pinto.

¹⁷ Padrino de Antonio M. Piran.

¹⁸ Padrino de Emilio Viale y de Vásquez.

¹⁹ Padrino de Tomás del Corro.

²⁰ Padrino de José A. García.

²¹ Padrino de Justo Gualberto Urquiza.

²² Padrino de Sixto Fernández.

²³ Padrino de Cándido V. Mendoza.

²⁴ Padrino de Daniel M. Escalada.

²⁵ Padrino de Pedro E. Koch.

²⁶ Padrino de Gabriel Giralt.

²⁷ CANDIOTTI, *Bibliografía...*, cit., pp. 17 y 21.

escritos en algunos casos y a primera vista, sólo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales. Es por ello que, en la mayoría de los casos, se trata de tesis que se limitan a un comentario exegético del Código²⁸ y a un repaso de la evolución histórica de diversas cuestiones relacionadas con la filiación extramatrimonial²⁹.

En ese viaje hacia el pasado, pasan revista a los hijos naturales en el derecho romano³⁰, especialmente en lo que respecta al concubinato³¹, a la patria potestad³² y a la legitimación³³, al derecho germánico³⁴ y hay quienes también miran en los antiguos derechos de Inglaterra y Francia³⁵.

Algunos doctorandos explicitan el plan de tesis que van a seguir. En este sentido Koch refiere que efectuará una “lijerísima reseña histórica” y una exégesis de los artículos del Código³⁶; Robert que seguirá “en su desarrollo el orden de los artículos de nuestro Código, y exponiendo sus motivos y fundamentos”³⁷, mientras que el objeto de otras es hacer casi exclusivamente una crítica a la prohibición de la indagación de la paternidad y la admisión de la maternidad en el código civil francés³⁸.

Un renglón aparte, en los aspectos metodológicos, lo constituye el uso que los doctorandos hacen de las notas del Código y la opinión que éstas le merecen³⁹. Así Lafuente, a pesar de utilizar a los autores que Vélez cita en sus notas, señala que “...las notas del Código no tienen fuerza alguna dispositiva, ni gozan del carácter de comentarios á sus preceptos” y que “ellas no son mas que ilustraciones de la materia de que se trata, donde figuran las opiniones diversas de los que las han discutido, en pró o en contra, del precepto legislado”. Para este tesista, “deben considerarse como demostraciones de los principios de la ciencia, que ha consultado el codificador para decidirse por uno u otro”⁴⁰.

²⁸ DE TEZANOS PINTO, PIRAN, KOCH, LAFUENTE, FERNÁNDEZ, MENDOZA y LAIDLAW entre otros.

²⁹ LAFUENTE, KOCH, FERNÁNDEZ, URQUIZA, ESCALADA, MENDOZA y PIRAN.

³⁰ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 10, 13, 22 y 24; KOCH, *La Legitimación...*, cit., p. 11; URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 22; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 16; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 11 y 63.

³¹ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 13. Cita el Tit. 7, lib. 25, Digesto.

³² ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 38.

³³ GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 9 y 12-14.

³⁴ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 11.

³⁵ URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 11.

³⁶ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 11.

³⁷ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 9.

³⁸ URQUIZA.

³⁹ VIALE, *Estudio...*, cit., pp. 7 y 12.

⁴⁰ LAFUENTE, *Estudio...*, cit., p. 25.

García también se pronuncia en contra del apego a las notas, cuando se refiere a la nota al art. 325 del Código Civil y afirma que “no es ley, y el Congreso Nacional, al hacer la revisión de nuestro Código, se ha limitado únicamente al texto de sus artículos, sin estenderse á sus comentadores”⁴¹. Vásquez también es de los que opinan que se “debe recurrir al texto que es propiamente la ley, y no á las notas”⁴².

III. LOS TEMAS TRATADOS

I. Discriminación entre los hijos legítimos e ilegítimos

La principal cuestión que preocupa a los tesisistas es la discriminación entre los hijos legítimos e ilegítimos, entre los distintos tipos de hijos ilegítimos y la inexistencia de obligaciones paternales que de ella se derivan.

Las opiniones difieren según de qué tipo de hijo ilegítimo se trate. No es lo mismo, para los doctorandos, que se trate de un hijo natural que de un hijo adulterino o sacrilego.

Así, David de Tezanos Pinto no admite “lei alguna, que tenga por fin establecer diferencias entre los hijos, en lo relativo á las obligaciones de los padres” porque “entre el hijo lejítimo i el natural u otro, cualquiera que sea el nombre que se le dé, no hai diferencia, ni ante el derecho natural, ni ante la conciencia humana”⁴³.

Al referirse a los naturales en particular, afirma que si al discriminarlos, la ley apunta a impulsar a los hombres al matrimonio, “el medio adoptado carece de la eficacia que se le atribuye”. Para De Tezanos Pinto “el legislador no puede preocuparse de pecados, so pena de hacer leyes monstruosas, que ya no resisten las creencias de la época” porque “si el hijo es el resultado de un crimen, castíguese al culpable; pero no se pretenda hacer que el criminal purgue su delito i se abstenga de cometerlo en lo futuro, sacrificando al inocente”⁴⁴.

En consecuencia, sostiene que es necesario que los padres naturales se hagan cargo de sus obligaciones porque “mientras mayores sean las obligaciones

⁴¹ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., p. 24.

⁴² VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 92 y 93.

⁴³ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 6.

⁴⁴ Ídem, pp. 6 y 7.

que se les impongan para con sus hijos naturales, más se disminuirá el número de éstos”. Es por ello que afirma “tengo la profunda convicción que cuando a los hombres se impongan las mismas obligaciones para con todos sus hijos, se harán mucho más prudentes” y que “las relaciones ilícitas disminuirán i con ellas los hijos naturales en proporción”⁴⁵.

Por su parte, Emilio Viale condena al derecho comparado que también castiga a los hijos naturales, “sobre los que se ensañan como si ellos fueran los culpables de su condición asaz desgraciada”⁴⁶.

También Robert condena el castigo de que son objeto los hijos naturales, a quienes considera “aquellos seres tan injustamente considerados por la sociedad” y aunque son “frutos de una unión ilícita”, no debe castigarse “á los culpables en la víctima”⁴⁷.

En la misma línea, Urquiza sostiene que hay que proteger al hijo natural porque “esos seres que no reconocen el propio origen social que los ilegítimos, tienen también un padre”. y que “este vástago de la generación humana, es más digno de conmiseración que el legítimo, puesto que es más desgraciado”⁴⁸. Para este tesisista, “se mira con menos precio al hijo natural; se le vuelve la espalda como si llevara estampado en su frente el sello de una infamia; se le miraba con horror como á aquellos condenados al hábito de San Benito, que entregaban á la humillación social los verdugos de la Inquisición”⁴⁹. A pesar de ello esta comprensión hacia el hijo natural no implica, para Urquiza, que este tipo de hijos tenga que estar en la misma posición que los hijos legítimos en lo que a derechos sucesorios respecta, porque este doctorando no está a favor de igualar a los legítimos de los ilegítimos, porque los hijos naturales “deben su vida á una violación de las leyes morales sobre que reposa la sociedad” y “esa inferioridad de condición ha sido reconocida siempre en todas las legislaciones de los pueblos adelantados, al recordar sin duda y con justicia, que unos fueron santificados por el casamiento de sus padres, y que los otros vinieron al mundo nacidos del concubinato”⁵⁰.

En opinión de este doctorando “el legislador debe entonces ampararlo, no como ampara al hijo legítimo, estableciéndole los mismos derechos de sucesión, pero no permitiendo tampoco que los padres olviden el cumplimiento de una obligación natural, porque si tal cosa sucede, no se puede negar al hijo el derecho de reclamarla”.

⁴⁵ Ídem, p. 7.

⁴⁶ VIALE, *Estudio...*, cit., p. 6.

⁴⁷ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 9.

⁴⁸ URQUIZA, *Investigación...*, cit., pp. 10 y 27.

⁴⁹ Ídem, pp. 27-28.

⁵⁰ Ídem, p. 21.

Para el doctorando, “la ley debe hacer pesar justamente y sobre cada uno de ellos la responsabilidad de sus actos: padre y madre están obligados á alimentar á sus hijos”⁵¹.

Con respecto a los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, De Tezanos Pinto afirma que “la ley trata a estos inocentes con un rigor tan extraordinario, que cualquiera pensaría que eran una horda de bandidos”⁵², al igual que García, que no encuentra “motivo alguno para sostener que los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos permanezcan en la triste categoría en que los coloca el autor de nuestro código civil”⁵³.

De Tezanos Pinto sostiene que todos los hijos ilegítimos tienen que tener iguales derechos pues “no hai escándalo en igualar los hijos; porque ello no importa ni remotamente igualar las uniones diversas que los han producido”. En definitiva, “no hai nada mas moral, nada mas noble i grande que proclamar a la faz del mundo, la igualdad de los hijos en sus relaciones con sus padres”⁵⁴.

Del Corro, por su parte justifica las discriminaciones con respecto a los hijos adulterinos e incestuosos, ya que “forman una especie distinta y son considerados por el legislador con mayor severidad y rigor que los hijos naturales”. Por ello considera que “es necesario anteponer los intereses generales de la sociedad a los intereses particulares del individuo, subordinando la equidad natural y la justicia distributiva, a los principios conservadores de la moral pública”.

Sostiene este doctorando que

los hijos adulterinos é incestuosos no pueden ser considerados por la ley, de un modo tan favorable como los hijos naturales, porque estos son el resultado de una debilidad, mientras que aquellos son el producto de un crimen, y para prevenir en lo posible estos hechos condenados por la ley, que rompen los lazos de familia y afectan tan directamente á la sociedad, puesto que la hieren en el primero y mas importante de sus elementos, era necesario tomar respecto á ellos medidas mas enerjicas⁵⁵.

⁵¹ Ídem, cit., p. 28.

⁵² DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., pp. 15-16.

⁵³ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., p. 33.

⁵⁴ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 11.

⁵⁵ DEL CORRO, *Filiación natural...*, cit., pp. 8-9.

A pesar de ello, no está de acuerdo con que se desampare a estos hijos, porque en su opinión no se puede condenar “á nacer y morir á un ser que no es culpable de ningún delito, y que la única ofensa que ha hecho al mundo, es haber tenido la desgracia de nacer”⁵⁶.

García, por su parte no encuentra “razón alguna para que esos séres estén marcados con ese doble sello orijinal de la religión y la ley. Pecan por haber nacido y nuestra ley los coloca como indignos por ser hijos de casados o frailes”. El doctorando compara a estos hijos con los esclavos y sostiene que el derecho los ha castigado peor que a estos últimos, al afirmar que “no tienen ni la triste condición de un paria o de un esclavo, porque a estos las leyes jamas les han negado un padre”. Para García, “la ley actual no esta tampoco a la altura de la cultura de nuestra sociedad”, lo que lo lleva a afirmar que “nuestro legislador se ha separado de todos los principios de la ley natural y de la Justicia, al establecer que los ‘hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, no tienen, por las leyes, padre o madre ni pariente alguno por parte de padre o madre”.

Según García “nuestro legislador con su principio en vez de evitar el escándalo lo multiplica; porque en lugar de moralizar al casado y al fraile imponiéndoles la responsabilidad de sus delitos, castiga al pobre hijo inocente quitándole lo que la naturaleza ha dado a todos los seres vivientes”⁵⁷.

En el mismo sentido se pronuncia Audibert al afirmar que “declarar que ellos no tienen padres, es herir la moralidad, es herir la justicia y el derecho mismo”⁵⁸.

Un renglón aparte lo constituye la situación legal en la que Vélez Sarsfield colocó a los hijos sacrílegos, la que es objeto de condena por parte de los tesisas.

De Tezanos Pinto explica “no pueden exigir alimentos, aunque estén postrados por la enfermedad o el hambre; no tienen padre, ni madre, ni parientes i si bien un animal puede buscar a su madre, a esos hijos no les es permitido inquirir cuál es la suya: prohíbe al hombre el lejislador humano, lo que el divino ha concedido al bruto”⁵⁹.

Morris equipara la situación legal de los hijos sacrílegos con la de los perjudicados por el hecho de un tercero, por lo que debe acordárseles por consiguiente los derechos que a aquellos”, ya que negárselo, “es hacer con ellos una escepcion infundada y odiosa; negándoles esa acción viene á considerárseles

⁵⁶ Ídem, p. 12.

⁵⁷ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., pp. 33-34.

⁵⁸ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 23.

⁵⁹ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 16.

implícitamente como partícipes del hecho de que son fruto; desde que esa restricción importa para ellos una pena: y en esto hay injusticia é inconsecuencia”.

Para Morris no siéndoles imputables a los hijos sacrílegos “la más mínima participación en el hecho punible de sus padres en la unión sacrílega y no importando el ejercicio de la acción sobre alimentos validar esa unión, la disposiciones de que me ocupo están en discordancia con la doctrina que se aduce para fundarla”⁶⁰.

En definitiva para este doctorando, el motivo por el cual la ley ha privado de derechos a los hijos sacrílegos “no es en consideración y por prevenir el escándalo solamente, sinó por el temor de defraudar la idea de virtud que se tiene como característica en las personas consagradas al servicio de la religión”⁶¹.

2. Indagación de la paternidad y maternidad, reconocimiento y legitimación

Otra de las cuestiones que desvela a los doctorandos, es el tema de la indagación de la paternidad y maternidad, cuestión muy debatida y de la que se ocupan De Tezanos Pinto, Lafuente, Urquiza, Escalada, Mira, Fernández, García, Robert, Gaffarot y Vásquez, entre otros, y a la que Justo Gualberto Urquiza, por ejemplo, dedica prácticamente toda su tesis⁶².

Se trataba de un tema muy controvertido, ya que el código civil francés la había prohibido en el primer caso y admitido en el segundo, mientras que Vélez Sarsfield había prohibido la indagación para la paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega, al establecer que este tipo de hijos “no tienen, por las leyes, padre o madre ni pariente alguno por parte de padre o madre” y “no tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad”⁶³.

Escalada por ejemplo sostiene que negarle al hijo natural el derecho de investigar su origen, es “inhumano é inmoral” porque “no solo se romperían los lazos indisolubles de la sangre que los une y á quienes tal vez hayan separado las preocupaciones sociales” sino porque de esta forma desaparecerían los derechos y deberes paterno-filiales con respecto a ese hijo natural y se “decretaría su prostitución arrojándolo desheredado y sin nombre con el sello de su indignidad”⁶⁴.

⁶⁰ MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., pp. 12-14.

⁶¹ Ídem, pp. 19-20.

⁶² URQUIZA.

⁶³ Art. 341 y 342 Código Civil.

⁶⁴ ESCALADA, *Estudio ...*, cit., p. 13.

La cuestión de la investigación de la paternidad iba de la mano del tema de los medios de prueba que se debían admitir en cada caso -cuestión expresamente desarrollada en las tesis de Mira, Fernández, García y Laidlaw, entre otros-.

Hay quienes niegan la indagación de la paternidad del hijo natural, como por ejemplo Gaffarot que dedica toda su tesis, justamente titulada *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, a sostener que la filiación paternal de un hijo natural no puede investigarse pues “la ley ha invadido el campo de la moral, dando los funestos resultados que es lógico esperar de tal avance”⁶⁵.

Así, se pregunta: “(¿)No constituye todo esto un verdadero escándalo, autorizado por la ley?” Y se responde: “...á medida que ella se conoce, van aumentándose los pleitos sobre filiación natural; nadie puede morir tranquilo, después de haber llevado una existencia ejemplar, por el temor que abriga, de que alguien, luego aparezca á echar un borrón á su memoria”⁶⁶. Gaffarot pretende justificarse al sostener que “parece duro dejar abandonado al hijo ilegítimo; ¿pero qué remedio?: es necesario dar á la sociedad lo que exige sin herir la naturaleza, y á la naturaleza sin perturbar a la sociedad. Todo lo que la moral señala como bueno no está en manos del legislador el alcanzar. Es preciso que la ley se detenga donde Dios ha puesto una valla insalvable, donde la mirada del hombre no penetra”⁶⁷.

Ser y deber ser, teoría y práctica se enfrentan en su tesis cuando afirma “es muy bello, muy perfecto en teoría, que la ley pueda evitar el abandono de los hijos, que pueda obligar á los padres á llenar sus sagrados deberes”, pero que “en la práctica” y en la tierra “todo es defectuoso é imperfecto” por lo que “la desgracia quiere, que cuando se convierten en ley estas teorías den los resultados mas desastrosos”⁶⁸. Para finalizar, nuestro doctorando hace votos para que “algún día desaparezca de nuestra legislación ese pozo de escándalo surgente, llamado investigación de la paternidad”⁶⁹.

La legitimación y el reconocimiento también son abordados por los doctorandos⁷⁰, algunos de los que se preguntan, como es el caso de Viale, Fernández, García, Urquiza y Robert, si la prueba y declaración de filiación natural puede ser exigida después de la muerte del padre o madre natural, tema al que Meyer le dedica toda su tesis.

⁶⁵ GAFFAROT, *La investigación...*, cit., pp. 14 y 27.

⁶⁶ Ídem, p. 40.

⁶⁷ Ídem, p. 43.

⁶⁸ Ídem, pp. 45-46.

⁶⁹ Ídem, p. 57.

⁷⁰ DE TEZANOS PINTO, LAFUENTE, KOCH, LAIDLAW, ROBERT Y GIRALT.

Fernández responde afirmativamente al considerar que la clave de todo reside en la prueba:

“la investigación de la paternidad no entraña ninguna injusticia, ni ofrece ningún peligro después de la muerte del padre, pues, el criterio del magistrado no ha de aceptar como prueba de la filiación débiles presunciones ó indicios remotos que apenas autoricen á creer que ha existido el comercio ilícito entre los padres, sinó una serie de hechos irrecusables y no interrumpidos que proclamen lo que se llama posesión de estado del que pretende ser hijo”⁷¹.

En la misma línea se sitúa Urquiza, al mostrarse exigente con respecto a la prueba así como Robert cuando no admite toda clase de pruebas como por ejemplo las presunciones⁷².

José A. García desconfía de este tipo de procedimientos, al señalar “...no es de suponer que un padre en los últimos momentos solemnes de su existencia, en aquellos críticos momentos de su vida en que la muerte pesa su mano fría y el corazón del hombre se cubre con los sentimientos puros de su infancia, no abra sus labios para dar una palabra siquiera al sucesor de su existencia querida”⁷³.

De la paternidad constatada se derivaban los derechos y deberes entre padres e hijos, por lo que algunos de los doctorandos también le dedican algunas reflexiones al derecho-deber alimentario⁷⁴.

Para los tesisistas, la falta de reconocimiento implica el abandono de los deberes del padre hacia el hijo. Por ello Escalada se pregunta: “¿qué orden social es este que se robustece destruyendo las leyes de moralidad y de justicia, al inmolar el derecho de un ser inocente á la vida y á la sociedad y libertando al autor, de las obligaciones y de los deberes que la naturaleza le ha impuesto?”⁷⁵.

Del Corro insiste en la necesidad de que la ley robustezca y fomente el vínculo entre padre e hijo -“en los casos en que la paternidad se encuentra legalmente constatada”-, porque hacer lo contrario, “es cambiar el orden natural y

⁷¹ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 25-26.

⁷² URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 35; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 19, 21, 22, 25 y 28.

⁷³ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., p. 32.

⁷⁴ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., pp. 37- 53 y 10; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 12; DEL CORRO, *Filiación natural...*, cit., pp. 13, 14, 16 y 19.

⁷⁵ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 12.

atacar en sus fundamentos la misma moral” ya que “el hijo siempre es el hijo de su padre y este siempre está obligado á atender á su conservación prodigándole los cuidados necesarios”. Para Del Corro, “las razones que militaban en favor de la prohibición á pedirlos han desaparecido” porque además “permitir a un padre eludir el cumplimiento de esos deberes, importa permitir un crimen, y aprobar un hecho inmoral y la ley tiene en vista precisamente corregir esos males”⁷⁶.

Para Robert, quien más fuertemente estaba obligado, es el padre hacia el hijo, porque “debe ser el autor de la falta que debe repararla en cuanto pueda, y no la infeliz criatura, fruto inocente de una pasión que sus padres no supieron reprimir”⁷⁷. Sin perjuicio de ello, equipara las obligaciones de los hijos legítimos con respecto a sus padres, a las de los hijos naturales y extiende sobre éstos los mismos derechos y autoridad paternas⁷⁸.

Audibert fundamenta: “la moralidad sin responsabilidad no se comprende, mas bien se destruye” porque “si las personas pueden tener hijos hacia quienes no tienen obligaciones, ni derechos por la ley”, una ley semejante “consagra una pequeña monstruosidad, una gran iniquidad social y una imperdonable injusticia”⁷⁹.

3. Otras cuestiones

El derecho sucesorio de los hijos y padres naturales también es abordado en las tesis doctorales de David De Tezanos Pinto⁸⁰, Antonio Piran⁸¹ y Robert⁸². De Tezanos Pinto encuentra en la sucesión, la oportunidad de poder igualar a los hijos naturales, porque de todos los hijos es “éste el que mas lo necesita”⁸³.

Otros temas también encarados por los doctorandos son la tutela y curatela de los hijos naturales, desarrollado en la completísima tesis de De Tezanos Pinto⁸⁴, mientras que Audibert dedica la suya, denominada *Una cuestión sobre filiación*, a rebatir los argumentos de Segovia acerca de que los hijos de un segundo

⁷⁶ DEL CORRO, *Filiación natural...*, cit., pp. 13, 14, 16, 19.

⁷⁷ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 13.

⁷⁸ Ídem, pp. 35-41.

⁷⁹ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 23.

⁸⁰ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., pp. 62-75.

⁸¹ Le dedica toda su tesis.

⁸² ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 64 y ss.

⁸³ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 67.

⁸⁴ Ídem, pp. 54-59.

matrimonio putativo nulo por causa de bigamia o adulterio no son legítimos, tema sobre el que Pedro Koch ofrece algunas reflexiones⁸⁵.

IV. LAS FUENTES UTILIZADAS

A lo largo de sus tesis, para fundamentar sus posturas y rebatir argumentos, los doctorandos hacen referencia a los antecedentes del derecho vigente, al derecho comparado, a la doctrina de los autores y a la jurisprudencia. Sin embargo, el recurso a la cita no significa de ninguna manera que estén aceptando la solución adoptada por el código que mencionan o el pensamiento del autor que refieren, sino que, muy por el contrario, a veces se embarcan en un diálogo o un contrapunto con la fuente que precisamente refieren.

I. Derecho castellano

Entre los antecedentes, es muy frecuente el recurso al derecho castellano, al que acuden con asiduidad y al que se refieren como “las leyes españolas”⁸⁶, “la legislación antigua”⁸⁷ o “nuestra legislación anterior”⁸⁸.

El derecho castellano es traído a colación por ejemplo en la definición de hijo natural⁸⁹, la investigación de la paternidad⁹⁰, el reconocimiento y la legitimación⁹¹, y el derecho sucesorio de los hijos naturales⁹², entre otros. Los

⁸⁵ KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 19- 38.

⁸⁶ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 11; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 71.

⁸⁷ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., pp. 69 y 72.

⁸⁸ GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 16.

⁸⁹ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 14; FERNÁNDEZ, *Posesión ...*, cit., pp. 13-22; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 29; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 22; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 31 y ss; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 63.

⁹⁰ MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., p. 47; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 28; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 76.

⁹¹ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 39; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 14 y ss; VIALE, *Estudio...*, cit., p. 4; FERNÁNDEZ, *Posesión ...*, cit., pp. 14-15.

⁹² MIRA, *Estudio...*, cit., p. 11 y ss; DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 72; PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., p. 24; MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., p. 48, VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 71-72.

cuerpos legales que citan son el Fuero Real⁹³, las Partidas⁹⁴, las Leyes de Toro⁹⁵ y la Nueva Recopilación⁹⁶.

La cita del derecho castellano es la consecuencia de la inclusión por parte del propio Vélez Sarsfield de este derecho en los artículos referidos a la filiación natural. Al respecto, cita a la ley 4, título 15, Partida 4 y la ley 2, título 13 de la misma Partida, como concordancia en la nota al artículo 311 que establece, junto con el art. 324, quiénes son hijos naturales. Es por ello que Mendoza⁹⁷, Audibert⁹⁸ y Fernández⁹⁹ mencionan estas normas así como la ley 1^a, título 13, Partida 4 acerca del hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, también referida por Audibert¹⁰⁰.

Mira es de los que consideran necesario abreviar en el derecho castellano cuando una cuestión no ha sido resuelta por el codificador. En este sentido, y con respecto al derecho sucesorio de los hijos naturales, refiere que “las leyes de Partida constituían el derecho común, el derecho fundamental en materia de sucesiones, y sus disposiciones deben considerarse subsistentes, mientras no hayan sido derogadas por otras posteriores; según el principio de que ‘La fuerza de las leyes debe mantenerse en todo su vigor en tanto que no intervenga su derogación’¹⁰¹”.

2. Derecho comparado

En cuestiones de familia, los doctorandos no podían eludir la cita del derecho canónico. Así, Morris menciona los cánones del Concilio de Trento cuando se refiere al amancebamiento¹⁰², Gaffarot y Audibert en lo que respecta a

⁹³ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 11; PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., p. 6; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 28.

⁹⁴ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., pp. 14, 69 y 72; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 29; FERNÁNDEZ, *Posesión ...*, cit., p. 13; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 22; MIRA, *Estudio...*, cit., pp. 27, 31, 33 y 39; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., pp. 14-15; PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., p. 24; VIALE, *Estudio...*, cit., pp. 3-4; MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., p. 22; ESCALADA, *Estudio...*, cit., pp. 15 y 47-48; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 11; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 63.

⁹⁵ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 14; ESCALADA, *Estudio...*, cit., pp. 25, 39-40 y 47; MIRA, *Estudio...*, cit., pp. 27 y 31-32; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 12-13; GAFFAROT, *La investigación ...*, cit., p. 16; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 63 y 71.

⁹⁶ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 14; MIRA, *Estudio...*, cit., pp. 27 y 31-32; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 47; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 71-78.

⁹⁷ MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 14.

⁹⁸ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 29.

⁹⁹ FERNÁNDEZ, *Posesión ...*, cit., pp. 13 y 17.

¹⁰⁰ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 29.

¹⁰¹ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 47.

¹⁰² MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., pp. 22-23.

impedimentos para contraer matrimonio¹⁰³, Fernández sobre la filiación natural¹⁰⁴ y Koch y Giralt al referirse a la legitimación¹⁰⁵.

No faltan alusiones, en las tesis doctorales, a las soluciones adoptadas por códigos de otros países o regiones geográficas o por otros derechos. Al igual que con el derecho castellano, los doctorandos se valen de los códigos examinados por Vélez Sarsfield en sus notas y los mencionan, tanto cuando están a favor como cuando están en contra de las soluciones adoptadas por estos cuerpos legales. Es por ello que invocan las disposiciones de los códigos mencionados por Vélez, en sus notas a los artículos sobre la filiación ilegítima.

El código civil francés, por ejemplo, es asiduamente citado por los tesistas en lo que respecta a la prohibición de indagación de la paternidad, legitimación y reconocimiento¹⁰⁶. Al respecto, la norma de este código que veda la investigación es, para Gaffarot, “una sabia disposición”¹⁰⁷, mientras que para el resto, una prohibición basada exclusivamente en las dificultades que entrañaba la prueba de la paternidad¹⁰⁸. También es utilizado en lo relativo a obligaciones entre padres e hijos naturales¹⁰⁹ y derecho sucesorio de los hijos naturales¹¹⁰.

Otros códigos referidos son el Código de Nápoles¹¹¹, el sardo¹¹², los de Lusiana, Vaud, Austria¹¹³, Prusia¹¹⁴, Italia¹¹⁵, Chile¹¹⁶, Uruguay¹¹⁷, Haití¹¹⁸, Suiza¹¹⁹,

¹⁰³ GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 15; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., pp. 15, 39 y 41.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 11.

¹⁰⁵ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 13; GIRALT *Breve comentario...*, cit., pp. 21, 30 y 55.

¹⁰⁶ MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 28; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 19 y 22; KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 17; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 59.

¹⁰⁷ LAFUENTE, *Estudio...*, cit., pp. 19 y 21; DEL CORRO, *Filiación natural...*, cit., pp. 21-22; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 18; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 26; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30; MEYER, *Una cuestión...*, cit., p. 19; FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 12; URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 13.

¹⁰⁸ Por ejemplo, FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 22.

¹⁰⁹ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 39; KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 17; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 59.

¹¹⁰ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 6-7, 18, 20 y 24.

¹¹¹ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30.

¹¹² PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., p. 24; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 35; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 25; KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 46; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 34.

¹¹³ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 35.

¹¹⁴ VIALE, *Estudio...*, cit., p. 22; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 35; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 47.

¹¹⁵ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 18 y 20; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 41. Ninguno de los tesistas indica a qué código italiano hace referencia, pero presumimos que se trata del Código de 1865.

¹¹⁶ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 7-8, 20 y 24; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 41 y 55; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., pp. 42-43, 57 y 59; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 53; KOCH,

España¹²⁰, Baviera¹²¹, Suecia, Noruega, Portugal, Dinamarca y Holanda¹²², Bolivia¹²³, Brasil¹²⁴, Luisiana¹²⁵ y Código de Zurich, Sajonia, Soleure, Grisones y Austria¹²⁶. De Tezanos Pinto menciona a la “Lei inglesa sobre legitimación”¹²⁷, mientras que Vásquez presenta una síntesis comparativa sobre la condición de los hijos naturales en los diferentes países de Europa¹²⁸.

3. Doctrina

También la doctrina de los autores es utilizada por los doctorandos para apoyar sus tesis y para rebatir argumentos con los que no comulgan.

Una tesis como la de Vásquez, que gira básicamente sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales en “los pueblos antiguos” y en Roma -tal como señala expresamente su autor “un estudio mas bien histórico que jurídico”- menciona historiadores, como Jules Michelet, Charles Giraud, Luciene de Valroger y Amedée Thlerry¹²⁹.

Por otro lado, Koch, -que dedica toda su tesis al tema de la legitimación-, señala que su trabajo es el resultado “de lo muy poco que creo haber aprendido ... en la rápida lectura efectuada en las obras de pensadores que los doctos llaman de mérito” y explicita que “me han servido de guía ... Merlin, Pothier, Ortolan, Namur, Maynz y Escriche”, para concluir que “con propiedad” podría decir que es “un resumen” del pensamiento de los juristas que menciona a lo largo de su tesis¹³⁰.

La legitimación..., cit., p. 34; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 31; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 21-22.

¹¹⁷ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30.

¹¹⁸ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 18-19; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 3.

¹¹⁹ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 35.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Idem*, p. 30.

¹²⁴ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 17, 23, 34 y 40; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 19, 37 y 54.

¹²⁵ ESCALADA, *Estudio...*, cit., pp. 30 y 35; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 34; MEYER, *Una cuestión...*, cit., p. 13.

¹²⁶ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 31-32; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 52.

¹²⁷ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 77.

¹²⁸ VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 97-99.

¹²⁹ VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 14. Jules Michelet, autor de *Histoire de France*. Disponible en (<http://www.histoire-pour-tous.fr/biographies/3062-jules-michelet-pere-de-lhistoire-de-france-biographie.html>). [Fecha de consulta: 01/03/2016].

¹³⁰ KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 11 y 14.

Entre los juristas que los doctorandos citan, encontramos canonistas como Donoso y Devoti -que De Tezanos Pinto menciona al referirse a los impedimentos para contraer matrimonio¹³¹-, y magistrados franceses como D'Aguessau, referido por Fernández, Gaffarot y Vásquez en el tema de los derechos de los hijos naturales y la posesión de estado¹³².

Pensadores y juristas del Racionalismo como Montesquieu y Beccaria vienen a la mente de Pirán, Morris y Fernández cuando reflexionan acerca de las leyes humanas o positivas, las leyes naturales y el tema del castigo, todo ello vinculado con la necesidad o no de proteger a las distintas categorías de hijos¹³³. En cuestiones probatorias relacionadas con la filiación ilegítima, Robert menciona al utilitarista inglés Jeremy Bentham¹³⁴.

Como no podía ser de otra manera, las referencias a los políticos y juristas que influyeron en el Código Civil francés pueblan las páginas de las tesis. En este sentido, citan a integrantes de la Comisión creada por Napoleón para redactar el Código Civil francés como Bigot de Preaumeau y Pothier, a quien Fernández, Mendoza, Escalada, Koch; Giralt y Audibert mencionan cuando se ocupan del reconocimiento y la legitimación¹³⁵, a Cambacérès y a Tronchet, mentados por Fernández y Escalada en lo relativo a la discriminación entre los distintos tipos de hijos¹³⁶ y a Portalis sobre posesión de estado¹³⁷.

En consonancia con las notas velezanas, los doctorandos traen a colación a los comentaristas del Code como Toullier, Troplong, Demolombe, Aubry y Rau Duranton, Zachariæ y Marcadé¹³⁸.

¹³¹ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 20.

¹³² FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 44-45 y 48; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 36; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 23-24 y 38.

¹³³ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., p. 11; MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., pp. 16-17; FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 49.

¹³⁴ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 26.

¹³⁵ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 46; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 19; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 41-42; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 29; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 21 y 51; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 11, 23 y 54; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 35; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 29 y 32.

¹³⁶ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 13 y 46; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 29.

¹³⁷ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 44 y 49; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., pp. 28 y 35; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 47. MIRA, *Estudio...*, cit., p. 42.

¹³⁸ Al respecto, ver JORGE JUAN CORTABARRÍA, "El Code Napoleon y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino", en *Iushistoria* Revista Electrónica núm. 1 - 2ª edición, corregida - Buenos Aires, [2005], Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Facultad de Filosofía, Historia y Letras. Disponible en (<http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/viewFile/1644/2077>). [Fecha de consulta: 26/02/2016]

Mira, Koch y Giralt recurren a Toullier a la hora de analizar el reconocimiento y la sucesión de los hijos naturales¹³⁹ mientras que Mira, Laidlaw y Urquiza refieren a Troplong en el tema del derecho sucesorio de los hijos naturales¹⁴⁰.

Los políticos y juristas que debatieron el Código Civil francés son mencionados en el tema de la investigación de la paternidad como por ejemplo “el tribuno Lahry” que es citado por Urquiza, Escalada y Mendoza¹⁴¹.

Uno de los comentaristas del Código Napoleón más mentado es Demolombe, sobre todo en las cuestiones de reconocimiento y legitimación¹⁴², derecho de alimentos a favor de los hijos naturales¹⁴³, matrimonios putativos¹⁴⁴, patria potestad¹⁴⁵ y derechos sucesorios derivados de la filiación natural¹⁴⁶.

Anthoine Marie Demante -otro exégeta del mismo código-, es traído a colación en lo que respecta a los efectos de los matrimonios putativos¹⁴⁷.

Como era de esperarse, abundan las citas de Aubry y Rau sobre reconocimiento, legitimación y sucesión de los hijos naturales¹⁴⁸, al tiempo que Mira refiere a Duranton y Marcadé sobre la posesión de estado como prueba de la filiación¹⁴⁹. A este último comentarista también mencionan Meyer, Fernández y Koch¹⁵⁰, a quien este tesista cita en el tema de la sucesión del hijo legitimado¹⁵¹.

¹³⁹ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 19; KOCH, *La legitimación ...*, cit., p. 45; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 38.

¹⁴⁰ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 15; LAIDLAW, *Filiación natural...*, cit., p. 31; URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 16.

¹⁴¹ URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 24; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 11; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 16.

¹⁴² VIALE, *Estudio...*, cit., pp. 20-21; LAFUENTE, *Estudio...*, cit., pp. 15, 23 y 25; LAIDLAW, *Filiación natural...*, cit., pp. 27-28 y 34; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 44; MEYER, *Una cuestión...*, cit., p. 32; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 47; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 50 y 60; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., p. 35; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., pp. 77-78 y 88; URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 35; FERNÁNDEZ, *Posesión ...*, cit., pp. 28, 37 y 40-41; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 48; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 20.

¹⁴³ MIRA, *Estudio ...*cit., pp. 17-18.

¹⁴⁴ AUDIBERT *Una cuestión...*, cit., p. 35

¹⁴⁵ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 39.

¹⁴⁶ Ídem, p. 66.

¹⁴⁷ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., pp. 36 y 38.

¹⁴⁸ LAFUENTE, *Estudio...*, cit., pp. 15- 6, 18 y 20; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 22; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 41-42 y 52-53; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 44-46 y 60; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 66.

¹⁴⁹ MIRA, *Estudio...*, cit., pp. 45 y 48-49.

¹⁵⁰ MEYER, *Una cuestión...*, cit., p. 30; FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 38, 44 y 48; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 40-41.

Otro autor muy mentado es Zacharie en relación con el reconocimiento de los hijos naturales, los derechos sucesorios derivados de este tipo de filiación, la patria potestad y los hijos adulterinos¹⁵².

De Tezanos recurre a los también comentaristas del Code, Favard de Langlade y Delvincourt al plantearse cuándo puede hacerse el reconocimiento del hijo natural¹⁵³ y al jurista francés Philippe Antoine Merlin de Douai -al igual que Vásquez-, en lo relativo a los deberes y derechos de los padres¹⁵⁴, al tiempo que Koch y Giralt lo utilizan para referirse también a la legitimación y reconocimiento¹⁵⁵.

Las opiniones de Jean-Baptiste Duvergier -otro intérprete del Código Civil francés- para quien las investigaciones sobre la paternidad “eran la vergüenza de la justicia y la desolación de la sociedad”¹⁵⁶ y quien consideraba que en las indagaciones después de muerto el padre “vale mas para la sociedad tolerar lo que ignora, que saber lo que debería castigar”, se plasman en las tesis de Urquiza, Viale, Escalada, Gaffarot y Robert¹⁵⁷.

Tampoco faltan alusiones a estudiosos de la jurisprudencia, como Désiré Dalloz, para el que “los hijos naturales deben su vida a una violación de las leyes morales sobre que reposa la sociedad” y que mencionan Urquiza, Fernández, Mira, Robert, Vásquez y Giralt¹⁵⁸.

Por su parte, Koch cita la opinión de autores franceses de fines del siglo XIX, como Massé y Vergés acerca de la legitimación¹⁵⁹. Fernández y Audibert mencionan al jurista francés Emile Acollas, quien sostiene que “los hijos, aunque

¹⁵¹ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 42.

¹⁵² LAFUENTE, *Estudio...*, cit., p. 14; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 44; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 21 y 41; DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 25; LAIDLAW, *Filiación natural...*, cit., pp. 28 y 33; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 40, 51 y 62; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., pp. 26, 33 y 34; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 44; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 45; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 22; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., pp. 29 y 48.

¹⁵³ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 27.

¹⁵⁴ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 43; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 12.

¹⁵⁵ KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 15 y 56-57; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 54.

¹⁵⁶ URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 24.

¹⁵⁷ VIALE, *Estudio...*, cit., p. 13; ESCALADA, *Estudio...*, cit., pp. 30 y 42; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., pp. 20 y 22; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 62; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 22; GAFFAROT, *La investigación...*, cit., pp. 26 y 36.

¹⁵⁸ URQUIZA, *Investigación...*, cit., p. 21; FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 30; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 42; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 61; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 21; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 36.

¹⁵⁹ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 21.

adulterinos, incestuosos ó sacrílegos, tienen, desde que nacen el derecho de vivir y desenvolverse”¹⁶⁰.

Vásquez hasta recurre a estudiosos del pasado griego de distintas épocas como Plutarco y Samuel Petit, que también opinaron sobre los hijos naturales¹⁶¹. Mira no se olvida de Demóstenes y su concepción de la ley como “un presente del Cielo” al aludir a los deberes y derechos paterno-filiales¹⁶² y Escalada reflota al poeta Juvenal y su referencia a las costumbres licenciosas en las familias para contextualizar sus teorías acerca de la filiación natural¹⁶³. Este mismo doctorando abreva en estudiosos del derecho romano como Namur cuando se ocupa de la disolución del matrimonio¹⁶⁴.

Los tesisistas no dejan de referirse a romanistas como Schirmer y juristas de la Escuela Pandectística alemana como Windscheid con relación a las sucesiones¹⁶⁵ y a representantes de la Escuela Histórica del derecho, como Savigny, en cuanto a la interpretación de la ley y la legitimación¹⁶⁶, -tema en el que también citan al tratadista alemán Heinecio¹⁶⁷-. Por su parte, Vásquez menciona al filósofo alemán Wolff y sus teorías sobre el derecho natural y efectos sobre la igualdad entre los hijos¹⁶⁸.

Entre españoles, Robert señala al toledano Diego de Covarrubias y su comentario a las Leyes de Toro, a la hora de referirse al reconocimiento de los hijos naturales¹⁶⁹. Sobre el mismo tema Koch y Giralt citan al autor del *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* Joaquín Escriche¹⁷⁰, a quien también recurren Audibert, Mira y Morris para contextualizar sus opiniones con respecto al matrimonio putativo, la ley natural como fundamento de la ley escrita, la jurisdicción secular y la legitimación¹⁷¹. Continuando con los españoles, Fernández y Escalada traen a colación reflexiones de Pedro Gómez de la Serna sobre reconocimiento hijos naturales¹⁷².

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 11; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 23.

¹⁶¹ VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 24.

¹⁶² MIRA, *Estudio...*, cit., p. 17.

¹⁶³ ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 17.

¹⁶⁴ Ídem, p. 16.

¹⁶⁵ MIRA, *Estudio...*, cit., p. 19.

¹⁶⁶ VIALE, *Estudio...*, cit., p. 22; KOCH, *La legitimación...*, cit., pp.38-39.

¹⁶⁷ GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 15.

¹⁶⁸ VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 13.

¹⁶⁹ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit. p. 13.

¹⁷⁰ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 15; GIRALT, *Breve comentario...*, cit., p. 9.

¹⁷¹ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 36; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 17; MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., p. 9.

¹⁷² FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., p. 14; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 26.

Tal como había sucedido en las notas velezanas, otro jurista español muy traído a colación en cuanto a la investigación de la paternidad, legitimación, tutela y curatela, y derechos sucesorios, es Florencio García Goyena¹⁷³.

Robert también menciona al procesalista español José de Vicente y Caravantes al referirse a la legitimación, al tiempo que Escalada refiere al civilista Benito Gutiérrez Fernández sobre el mismo tema¹⁷⁴.

Entre los extranjeros, finalmente, el jurista brasileño Augusto Texeira de Freitas es citado por Audibert en lo que respecta a los hijos adulterinos¹⁷⁵.

Por el contrario, es muy escasa la referencia a la doctrina nacional, tanto para utilizarla como apoyo de las opiniones de los doctorandos, como para combatirlas.

Sólo Lisandro Segovia -a quien Audibert llama despectivamente “autor argentino en voga” es mencionado básicamente para refutar su teoría acerca de que la legitimación de los hijos de los matrimonios putativos únicamente alcanza a los que provienen de incestos y sacrilegios y no a los que provienen de adulterios o casos de bigamia. Para este doctorando, las ideas de Segovia “son las de un hombre que ha dedicado largos años al estudio de nuestro derecho civil”, pero también “los mas grandes hombres cometen errores”.

En realidad, Audibert señala expresamente que la interpretación de Segovia sobre este tema es “funesta y errónea”, por cuya razón reconoce que ha elegido ese tema para su tesis, probablemente para aprovechar que “Segovia andaba de boca en boca” y que “se decía que era el estudio mas detenido hecho sobre el Código Civil”¹⁷⁶.

Giralt critica también a Segovia cuando éste se ocupa de la legitimación del hijo natural por el casamiento de su abuelo, pero está de acuerdo con él en lo relativo a la prueba del matrimonio¹⁷⁷.

En cuanto al resto de los autores argentinos, Morris menciona la obra de Carlos Tejedor *Derecho Criminal*, y a Miguel Esteves Saguí en relación con la prueba de la filiación sacrílega¹⁷⁸.

¹⁷³ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 54; PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 20 y 25; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 30; MENDOZA, *De la legitimación...*, cit., p. 76; AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 42.

¹⁷⁴ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 23; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 31.

¹⁷⁵ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 28.

¹⁷⁶ Ídem, pp. 20, 25, 26 y 44.

¹⁷⁷ GIRALT, *Breve comentario...*, cit., pp. 23-24 y 35.

4. Jurisprudencia

Los antecedentes jurisprudenciales no son una fuente de la que se hayan valido con frecuencia los doctorandos y las pocas veces que acuden a ella, la referencia es genérica. He detectado alguna alusión a la jurisprudencia extranjera, como hace Escalda con la española o Koch con los “tribunales y Cámaras de los lores en Inglaterra”¹⁷⁹.

No es distinto el caso de la mención de la praxis judicial argentina, la que también es referida -en las escasas oportunidades en que se recurre a esta fuente del derecho-, en forma imprecisa.

Las citas de jurisprudencia giran alrededor de la posibilidad de reconocimiento de la filiación natural después de muerto el padre. Meyer da cuenta de que “actualmente está debatiéndose esta cuestión en nuestros tribunales y se han dado dos sentencias contradictorias”. Para el doctorando es objetable la interpretación exegética que había hecho el tribunal ya que “cuando el punto no es perfectamente claro se debe interpretarla con arreglo a la equidad y a la justicia, consultando su espíritu”¹⁸⁰.

Por su parte García señala que “en los Tribunales de Buenos Aires la jurisprudencia ha sido varia”¹⁸¹ y Fernández cita el fallo favorable de la Corte Suprema de la Provincia sobre el mismo tema, tal como aparentemente hacen Escalada y Robert¹⁸². De todos los tesisistas Mira es el más preciso cuando menciona “la causa 296” de la “Suprema Corte de Justicia” y “la vista fiscal de Victorica sobre el mismo tema”¹⁸³.

V. LOS JUICIOS ACERCA DE LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y LAS SUGERENCIAS DE REFORMA

A lo largo de sus trabajos, los doctorandos van desgranando sus opiniones acerca de las soluciones adoptadas por el codificador en relación con los distintos

¹⁷⁸ MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., pp. 22-23.

¹⁷⁹ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 28; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 28.

¹⁸⁰ MEYER, *Una cuestión...*, cit., pp. 24 y 26.

¹⁸¹ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., p. 31.

¹⁸² FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 28-29 y 48; ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 25; ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 50.

¹⁸³ MIRA, *Estudio...*, cit., pp. 30 y 41.

aspectos de la filiación ilegítima. Algunas veces, sus juicios van de la mano de sugerencias de reformas o de soluciones que consideran superadoras.

Uno de los temas que encuentra divididos a los tesisistas es si es justo o razonable que nuestro Código Civil discrimine entre los distintos tipos de hijos. En este sentido, Vásquez sostiene -“sin temor de equivocarnos”- que las disposiciones del Código Civil, sobre hijos naturales, “son las mas sábias, las mas prudentes, y las que mas están en armonía con el espíritu moderno”¹⁸⁴ y considera que nuestro Código -en ese tema- “no solo es humano, sino también altamente liberal y progresista”¹⁸⁵.

Del otro lado se encuentra De Tezanos Pinto, para quien “apenas hai cosa mas fácil que establecer la igualdad de los hijos” y quien declara tener fe de “que esta reforma ha de venir con el tiempo, así como vendrá para todo el mundo la reforma religiosa i política”. En consecuencia, De Tezanos Pinto propone ir ensayando otro sistema legislativo que “que fundándose en la justicia, sea mas eficaz para reprimir el desorden de las pasiones”¹⁸⁶.

Menos diplomático parece ser Audibert quien no duda que las disposiciones de nuestro Derecho Civil, sobre los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, son “bien odiosas”¹⁸⁷.

En la misma línea se ubica Del Corro al afirmar que “la ley ha avanzado demasiado, al declarar de un modo tan absoluto á los hijos adulterinos é incestuosos, sin padre y sin madre” porque “hay casos en que la paternidad y maternidad es revelada por la fuerza misma de las cosas, y se presenta clara y evidente sin que sea el resultado de una investigación judicial y sin que haya tenido lugar un reconocimiento voluntario, y la ley no puede en esta hipótesis exonerar a los padres de prestar alimentos sin faltar á la ley natural”¹⁸⁸.

Es por ello que entiende que abandonar al hijo adulterino é incestuoso “en medio de la sociedad, sin amparo y sin protección alguna, es evidentemente contrario á todos los principios de justicia y los sentimientos mas profundos del corazón humano”. Es esta la doctrina del codificador que Del Corro considera “inadmisibile y contraria á las prescripciones de una sana moral y de una recta justicia”, porque pena al inocente y deja sin castigo al culpable¹⁸⁹.

¹⁸⁴ VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 59.

¹⁸⁵ Ídem, p. 68.

¹⁸⁶ DE TEZANOS PINTO, *De los hijos naturales...*, cit., p. 12.

¹⁸⁷ AUDIBERT, *Una cuestión...*, cit., p. 22.

¹⁸⁸ DEL CORRO, *Filiación natural...*, cit., p. 10.

¹⁸⁹ Ídem, p. 12.

La posición en la que Vélez Sarsfield colocó a los hijos sacrílegos es criticada por los doctorandos. Morris, por ejemplo a pesar de la “elevada ilustración y preclara inteligencia” que reconoce en el codificador, cree que ésta se ha apartado “de las reglas de la sana lógica en la confección de la ley” porque la legislación sobre hijos sacrílegos es “injusta” y “falta de unidad”. Y a pesar del “mucho respeto” que debe al autor del Código, se permite objetarla debido a que jurisperitos “de reconocida competencia en el foro” han efectuado una justa crítica¹⁹⁰. Para Morris, no tiene sentido privar de derecho a los hijos sacrílegos, ya que en los casos en que la unión es notoria, “el escándalo se habrá producido y será absolutamente imposible evitarlo una vez que haya tenido lugar.” En tal caso no puede alegarse el escándalo como causa de la prohibición y, consecuentemente, privar de todo derecho a los hijos sacrílegos, quienes “en medio de su desgracia y miseria, maldecirán tal vez, como Job en su infortunio, hasta la hora y las entrañas en que fueron concebidos”¹⁹¹.

Otra de las cuestiones que enfrenta a los doctorandos y que lleva a alinearse a favor o en contra del sistema adoptado por el codificador, es la relativa a la investigación de la paternidad

Escalada elogia la solución de Vélez al sostener que nuestro Código ha conciliado las posturas a favor y en contra de la investigación de la paternidad “y ha dado una solución mas científica y mas cristiana”¹⁹², posición también asumida por Viale cuando considera que nuestro Código Civil “se ha colocado en esta materia, de acuerdo con los mas adelantados principios de la ciencia del derecho” y que “ha adelantado mucho á los códigos europeos, y á algunos de los americanos”¹⁹³. La misma opinión le merece a Lafuente al sostener que “el autor de nuestro código, al no haber seguido al CC francés en la prohibición de la indagación de la maternidad, se ha adelantado a la legislación española y la francesa”¹⁹⁴. Pirán elogia las “leyes sabias” que ha adoptado el legislador argentino¹⁹⁵ y Meyer describe estas disposiciones como “una manifestación honrosa de su espíritu de justicia”, una respuesta “á motivos de alto interés social” y un apartamiento necesario de las “razones que indujeron al legislador francés á prohibir la investigación de la paternidad” ya que “no se puede dejar librada la suerte de los hijos naturales al capricho y al egoísmo de sus padres desde que aquellos se merecen también la protección de la ley”¹⁹⁶.

¹⁹⁰ MORRIS, *Hijos sacrílegos...*, cit., p. 8.

¹⁹¹ Ídem, p. 23.

¹⁹² ESCALADA, *Estudio...*, cit., p. 13.

¹⁹³ VIALE, *Estudio...*, cit., pp. 5 y 15.

¹⁹⁴ LAFUENTE, *Estudio...*, cit., p. 12.

¹⁹⁵ PIRAN, *Sucesión intestada...*, cit., pp. 9-10.

¹⁹⁶ MEYER, *Una cuestión...*, cit., pp. 11-12 y 20-21.

El Código francés también es criticado por Urquiza, quien considera que, por el contrario, la legislación argentina, “en cada una de sus disposiciones”, refleja “el adelanto de la época, o los progresos de la ciencia, consignados en breves pero estudiadas palabras”; una doctrina “...mas moral y mas justa que la del Código Francés, al permitir la investigación de la paternidad con todo género de prueba cuando vive el padre”; un cuerpo de leyes que franquea “la puerta de la justicia á la acción de esos desgraciados seres”¹⁹⁷. Conceptos semejantes vierten Fernández, Mira, Escalada y Vásquez -aunque en este último caso planteando dudas con respecto a la amplitud de los medios de prueba-¹⁹⁸.

Muy por el contrario, García se refiere a los “funestos efectos” de la regulación de la investigación de la paternidad y a “la necesidad de poner un remedio, de dar alguna garantía a los individuos”¹⁹⁹.

El fundamento de la posición de García parece ser -como en la mayoría de los casos-, el temor al abuso y la ligereza, atento a lo amplio de la valoración de la prueba de la filiación que establecía el artículo 325 del Código Civil, que disponía que “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...”.

Para García “aunque justo y perfectamente admisible teóricamente, produce en la práctica los efectos más tristes y escandalosos”. En la apreciación de este doctorando, “la filiación no se debe juzgar comprobada por el solo hecho de probar uniones accidentales” porque “ella debe descansar sobre una base mas segura que cierre los numerosos fraudes que actualmente á lugar la ley concebida en términos tan estensos”. Según este doctorando, “una simple presunción no basta pues, para establecer la filiación, hecho que por su naturaleza misma, suele frecuentemente producir efectos desagradables en el hogar doméstico y no pocas veces suele traer la disolución o trastorno de las familias”²⁰⁰.

Consecuentemente, García propone que en la acción de reconocimiento de la filiación: “...en los hijos naturales es necesario introducir una nueva división cual es la de en *hijos naturales concubinarios*, é *hijos naturales accidentales*”. Y ejemplifica: “comprendo por *hijos concubinarios* aquellos que proceden de la vida común ilegítima del hombre y de la mujer; uniones que el derecho designa bajo el nombre de

¹⁹⁷ URQUIZA, *Investigación...*, cit., pp. 19, 21, 32 y 36.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ, *Posesión...*, cit., pp. 10 y 18; MIRA, *Estudio...*, cit., p. 37; ESCALADA, *Estudio...*, cit., pp. 35, 41 y 49; VÁSQUEZ, *Breve estudio...*, cit., p. 62.

¹⁹⁹ GARCÍA, *Del reconocimiento...*, cit., p. 14.

²⁰⁰ Ídem, pp. 13-15 y 17.

concubinato” y “por *hijos naturales accidentales*, aquellos que provienen de uniones accidentales entre personas que no hacen vida común”. En la clasificación de García, “los primeros comprueban su filiación por el mero hecho de justificar el concubinato entre sus madres y aquel al cual pretenden como padre” mientras que “respecto de los segundos, la ley solo debe admitir el reconocimiento voluntario de los padres, con la única excepción del caso en que se trate de probar un reconocimiento anterior por parte de estos, es decir, la prueba de la posesión de estado por parte de los hijos, en cuyo caso deberá admitírseles toda clase de pruebas á fin de justificar la posesión del estado de hijo que se alega”.

Finalmente, para García “los *hijos adulterinos incestuosos y sacrílegos concubinarios* deben tener el derecho de pedir ser reconocidos por sus padres denegándoles esta facultad á los naturales cuando proceden de uniones accidentales”²⁰¹.

Discutida es la admisibilidad del reconocimiento de la filiación ilegítima una vez muerto el padre. Meyer se sorprende de la omisión de Vélez, “no obstante la tendencia del sábio legislador á mejorar la condición de los hijos naturales” pero no duda en reconocer este derecho junto a Viale y se pregunta si no hubiera sido “mas razonable, mas equitativo, que la libertad concedida por nuestro código a la investigación de la filiación natural, hubiera sido ampliada, hasta permitir expresamente que los hijos naturales, investiguen y prueben su estado en todos los momentos”²⁰². Robert matiza esta amplitud, al proponer una reforma que solo permita la indagación de la paternidad, después de la muerte del padre, por medio de la posesión de estado²⁰³.

En tren de sugerir cambios en lo relativo a la ley aplicable en materia de legitimación, Koch anticipa que “cuando se emprenda la reforma del código”, esos artículos “deben ser suprimidos, reemplazándolos por otros que establezcan un sistema sencillo y uniforme, que pueda servir de norma segura é indubitable a la resolución de las varias cuestiones que se presentaran relativas á la legitimidad que pueden adquirir los hijos naturales reconocidos”²⁰⁴. Es que el doctorando opina que el codificador “no ha hecho una redacción accesible á todos, como fuera su deber” ya que los artículos son “oscuros” y “menos armonizables”; que hay “incorrecciones de lenguaje” y que “es obligación de los que hacen las leyes el hablar con claridad tal, que fácilmente se les comprenda su intención”, evitando cuestiones que no debieran existir, sobre “lo que se quiso decir”²⁰⁵.

²⁰¹ Ídem, pp. 19-35.

²⁰² MEYER, *Una cuestión...*, cit., pp. 9 y 31; VIALE, *Estudio...*, cit., p. 18.

²⁰³ ROBERT, *Hijos naturales...*, cit., p. 32.

²⁰⁴ KOCH, *La legitimación...*, cit., pp. 38-43.

²⁰⁵ *Ibidem*.

Koch presenta una reformulación de las disposiciones del Código de Vélez sobre legitimación, en ocho artículos que giran alrededor de que los padres que efectúan la legitimación hayan contraído un matrimonio válido, el plazo para la legitimación, la ley aplicable y la legitimación de los hijos que hubiesen muerto antes de la celebración del matrimonio, entre otros temas²⁰⁶.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Entre este corpus documental constituido por trabajos modestos, sobresalen las tesis de David de Tezanos Pinto -que luego sería catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y él mismo padrino de otras tesis- sobre los hijos naturales, por la amplitud de los temas desarrollados, y la de Ángel Mira sobre la sucesión de los hijos naturales y la filiación natural, que descolla por su aparato erudito.

Desde el punto de vista metodológico, los doctorandos no dejaron de lado los antecedentes históricos, ni tampoco omitieron consultar el derecho comparado y la doctrina de muchos autores extranjeros para fundamentar sus posiciones o controvertir otras. Sin perjuicio de ello, las fuentes utilizadas no fueron demasiado originales, ya que en la mayoría de los casos se trató de los mismos códigos y autores citados por el codificador en sus notas.

Uno de los códigos más citados es, justamente, el código civil francés, pero no precisamente para apoyar las tesis, sino para cuestionar sus disposiciones acerca de la prohibición de la indagación de la paternidad. Sin embargo, aun entre los que se indignan ante este impedimento, no hay acuerdo en lo que a la amplitud de la prueba respecta. Ello, porque es en este terreno donde podría ser más fácil desenmascarar a quienes pretendían liberarse de las conductas “desviadas”, pero que no se querían hacer cargo de ellas.

Tal como había sucedido con las notas velezanas, los doctorandos citan a los juristas franceses que influyeron en la redacción del *Code* así como a aquéllos que fueron sus primeros intérpretes. En la mayoría de los casos, los tesisistas se valen de las opiniones de los mismos autores para los mismos temas.

Los argumentos de los doctorandos, los diálogos imaginarios que recrean entre los juristas, la revisión de algunos casos jurisprudenciales, son el eco de los debates que se habían desarrollado o que continuaban, aún después del comienzo

²⁰⁶ KOCH, *La legitimación...*, cit., p. 60.

de aplicación del recién estrenado Código Civil de Vélez Sarsfield, en la doctrina, en el foro y aún en los claustros universitarios.

En la mayoría de los casos, los tesisistas reconocen el adelanto que implicó el Código civil argentino y el esfuerzo y la versación del codificador, pero no titubean a la hora de criticar lo que consideran que está mal o que debe ser corregido.

A lo largo de las tesis, escritas, según lo admiten los propios doctorandos, con poco tiempo y solo para cumplir un requisito administrativo, se evidencia en la mayoría de los casos, una preocupación por la situación en la que Vélez había colocado a los hijos ilegítimos. Una posición que los sumía en el más absoluto abandono, que los podía privar hasta de los más necesarios alimentos y que los discriminaba obviamente en materia sucesoria.

Si bien las uniones de hecho, en la mayoría de los casos, son vistas con disfavor, se evidencia una inquietud para no hacer víctimas a los hijos de los “errores” de los padres, y para que éstos ejerzan una paternidad responsable. Se vislumbra una tendencia a cuestionar que las disposiciones sobre los hijos ilegítimos pretendan disciplinar las uniones libres o extramatrimoniales y a exigir que el derecho proteja a todos los hijos, independientemente de las relaciones de las que han nacido.

Las opiniones que se vierten a lo largo de las tesis, dan cuenta de una mirada que pretende erradicar la hipocresía de una sociedad que no cumple con los valores morales que predica y lo que es aún peor, que no se hace cargo de ese divorcio entre lo que se predica y lo que se hace.

Es indudable que las tesis doctorales, por sí solas, no prepararon el camino para los numerosos cambios que en materia de derecho de familia se sucedieron prácticamente a poco de entrar en vigencia el Código Civil. No obstante, creo que sí se constituyeron en un resonador de las clases que se dictaban en el Departamento de Jurisprudencia y luego en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de los pleitos que se planteaban en el foro de Buenos Aires y de las ideas que juristas extranjeros y argentinos habían plasmado en las obras que citaban los tesisistas. Y que la suma de todo ello: tesis, claustros, praxis judicial y doctrina cimentaron las bases de las grandes transformaciones en el derecho de familia argentino.