

El principio de unidad de filiación

Edison Lucio Varela Cáceres*

Sumario

Introducción

1. La filiación

2. El principio de unidad de filiación. *2.1. Antecedentes del principio de unidad de filiación. 2.2. Regulación del principio de unidad de filiación*

3. Clases de progenitura. *3.1. La maternidad. 3.1.1. Determinación y prueba de la maternidad. 3.2. La paternidad. 3.2.1. Determinación y prueba de la paternidad. 3.2.1.1. La presunción *pater is quem nuptiae demonstrant*. 3.2.1.2. Establecimiento de la filiación a través del reconocimiento de la paternidad*

4. Acciones de filiación. *4.1. Concepto y caracteres de las acciones de filiación. 4.2. Tipos de pretensiones de filiación. 4.2.1. Pretensión de reclamación de paternidad o maternidad. 4.2.2. Pretensión de desconocimiento de paternidad o maternidad. 4.2.2. Pretensión por conflicto de paternidad o maternidad. 4.3. La prueba de ADN en los juicios de filiación*

Conclusiones

* **Universidad de Los Andes**, Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, Profesor de Derecho Civil I Personas. **Universidad Bolivariana de Venezuela**, Profesor de Derecho de Familia.

Dedico este opúsculo a mi profesora de Derecho de Familia, Dra. Oly Grisolia González, como un reconocimiento póstumo a quien fuera un valioso estímulo para dedicarme al cultivo de esta área del derecho, con eterno afecto de discípulo.

Introducción

La institución de la filiación representa una de las figuras jurídicas de mayor importancia para el derecho ya que de ella emanan significativas facultades y deberes para los sujetos vinculados, así pues, existe una relación directa entre patria potestad, obligación alimentaria, determinación de los apellidos y vocación hereditaria con la filiación, siendo en principio esta última, la que permite establecer las anteriores responsabilidades y derechos. Aunado a lo anterior se encuentra un hecho histórico que conviene recordar y es que la filiación no siempre fue uniforme en cuanto a los efectos que originaba, lo cual implicaba que se establecieran clasificaciones y graduaciones que en la práctica representaban una actuación discriminatoria y contradictoria con la dignidad humana. En ese contexto, es válido referir que hoy día las diferenciaciones en cuanto a la filiación son una posición anacrónica y abandonada por la mayoría de las legislaciones y por tanto se pregona un precepto capital que es el principio de “unidad de filiación”, es decir, que independientemente de la forma como ésta es precisada en el mundo jurídico, una vez establecida, produce idénticos derechos y deberes sin admitirse distinciones.

También se destaca que la filiación ha recibido una notable influencia de la ciencia médica, estableciéndose mecanismos técnicos altamente confiables que permiten precisar con certeza –en su perspectiva genética– la verdadera filiación de determinada persona, lo cual desde una posición jurídica coadyuva a garantizar que en principio todos los sujetos puedan detentar una identidad legal concurrente con la biológica, tal y como lo tutela el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden, el presente estudio se centra básicamente en dos vértices, primero se examinan los diferentes derroteros por el que transita el mencionado principio de unidad de filiación. Segundo, se resaltan los avances legislativos observados en la última década, así como el impacto que sobre la temática ha tenido la ciencia médica. Lo descrito, por una parte, permitirá demostrar la real influencia del principio en examen y al mismo tiempo actualizar una materia que se encuentra en activo proceso de reconstrucción por los operadores de justicia.

1. La filiación

La filiación es definida como el nexo jurídico que se establece entre el hijo y sus progenitores, el cual genera numerables derechos y deberes recíprocos, siendo más significativos durante la minoridad de los hijos, ello en razón que durante dicha etapa el nexo entre los hijos y los protectores naturales es esencial para el desarrollo evolutivo de los infantes.

La doctrina ha hondeado en la delimitación de tal relación, subrayando distintas cualidades, así D'Antonio, la define “como el lazo derivado de la sangre en su manifestación más próxima, que une a las personas en la relación paterno-filial con proyecciones jurídicas”, y agrega que entre dichas personas vinculadas “media una relación más profunda y compleja, derivada de la sangre y complementada por la convivencia y el afecto recíproco”¹.

Para Grisanti Aveledo, “La relación de filiación es la que se da entre padres e hijos o sea entre generantes y generados. Constituye un hecho natural, ya que tiene su base en un hecho natural como es la procreación, y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas”².

Sanojo, se expresa en términos lacónicos señalando: “Llámesse filiación la relación del parentesco que media entre los hijos y los padres, y se distingue en paterna y materna, según que se considera la relación del hijo con el padre o del hijo con la madre: considerándose la relación del padre y de la madre con el hijo se llama paternidad y maternidad”³.

¹ D'Antonio, Daniel Hugo: **Derecho de menores**. 3ª, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 150.

² Grisanti Aveledo, Isabel: **Lecciones de derecho de familia**. 16ª, Editores Vadell Hermanos. Valencia, 2009, p. 325. Por su parte, Guerrero Quintero, Gilberto: “Genética y filiación en el derecho Venezolano”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. 64, N° 134. Caracas, 1997, p. 470, la califica como: “la relación de orden natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores”.

³ Sanojo, Luis: **Instituciones de derecho civil venezolano**. T. I. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, p. 199.

Ciertamente, la filiación sitúa el nexo primario y más próximo entre progenitor y descendiente, su soporte puede ser biológico (generación) o estrictamente legal (adopción), el mismo promueve los lazos afectivos que emergen entre los padres con el hijo y viceversa, constituyendo así un ambiente óptimo para el desarrollo de la prole.

Entonces, la filiación no es simplemente un hecho o circunstancia biológica, sino una institución que origina un ligamen jurídico y con ello derechos y deberes recíprocos entre los relacionados⁴. Por lo dicho es esencial la prueba del vínculo, ya que se está haciendo referencia a una institución encuadrada en el derecho, que requiere nacer bajo su amparo, y en la hipótesis que no esté precisada jurídicamente hablado, se debe acudir a los variados dispositivos establecidos para determinar el nexo, es decir, no es suficiente que preexista la atadura biológica o fáctica, tiene que estar refrendada por la ley, para que produzca sus efectos de manera integral⁵.

⁴ Grisolia González, Oly: **Derecho de familia y sucesiones**. T. I. Trabajo presentado para ascender a la categoría de profesor titular, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA. Mérida, 2001, p. 375, sostiene: "...desde la óptica del derecho, es más que una relación biológica: es una relación esencialmente jurídica entre dos personas, padre o madre e hijo. La filiación, para que produzca efectos jurídicos tiene que estar reconocida por el derecho, de no ser así, el vínculo sanguíneo resulta, en principio irrelevante. Podría afirmarse que la filiación existe en tanto y en cuanto haya constancia registrada de ella". Peñaranda Quintero, Héctor: **Derecho de familia**. Ediciones del Vice-Rectorado Académico-LUZ. Maracaibo, 2010, p. 480, es de la opinión que un principio fundamental de la filiación es "Toda filiación debe ser legalmente probada", lo que se traduce en que "Jurídicamente no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. Biológicamente todo individuo tiene un padre y una madre, pero mientras el hecho biológico de la procreación no haya trascendido al plano jurídico legalmente no habrá un vínculo de filiación que una a dos personas".

⁵ Loreto, Luis: "El concepto de relación jurídica en el derecho privado". En: **Ensayos jurídicos**. Ediciones Febreton-Esca. Caracas, 1970, p. 241, al referirse al génesis de la relación, en general, destaca la importancia de la concurrencia de ambos elementos (hecho biológico o *factum* y norma jurídica) para su nacimiento, concretamente sostiene: "toda relación jurídica está engendrada por un hecho jurídico. Este está integrado por dos elementos: material el uno, formal el otro. El primero está constituido por la relación concreta; en otros términos, por la realización en el mundo corpóreo de un

También se debe reparar en que la relación puede visualizarse desde dos perspectivas complementarias. Si se le mira desde los progenitores se hablará de paternidad o maternidad, y tal carácter, viene acompañado de una variedad de facultades, prerrogativas, deberes y cargas que bajo dicho panorama tienden a proteger a los progenitores y con ello obviamente a la prole⁶. Por otra parte, si se toma como punto de partida al hijo se le denomina “filiación” y basa su foco en la tutela de este último. En síntesis, es un mismo nexo jurídico que engendra lo que la doctrina ha denominado “estado familiar”⁷ y de él se deriva una cualidad de padre o de hijo que trae aparejado importantes efectos para el patrocinio de la familia.

Ahora bien, para la comprensión de la relación filial, la doctrina ha desentrañado de la ley dos principios que cimientan todo su abordaje; ellos son el principio de la verdad en la filiación, que expresa el deber de promocionar, hasta el límite de lo racional que el nexo jurídicamente establecido corresponda con el biológico, obviamente existirán matices, pero aun así debe perseguirse que

hecho material. El segundo, que es el *prius*, lo da el derecho objetivo que reconoce y eleva a la categoría de relación jurídica la relación material específica”.

- ⁶ Cfr. Rivero Hernández, Francisco: “Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)”. En: *Revista Derecho Privado y Constitución*. N° 6. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995, p. 245, al respecto enuncia: “La relación de filiación, o paternofilial, es bipolar, con dos protagonistas necesarios, y aunque sus roles jurídicosociales y derechos y deberes no son idénticos en el aspecto dinámico y funcional de esa relación, en el aspecto estático-estructural (determinación y existencia jurídica de la misma) pienso que ambos deben tener el mismo derecho esencial a buscarse y a encontrarse, a determinar jurídicamente esa relación de filiación que los une”. López Herrera, Francisco: **Derecho de familia**. T. II. 2ª, Publicaciones UCAB. Caracas, 2006, p. 298, anota: “...la filiación en cuanto a los padres se denomina paternidad o maternidad; según que aluda la relación de parentesco del padre con el hijo o la que existe entre la madre y el hijo, respectivamente”.
- ⁷ Cfr. Díaz de Guijarro, Enrique: **El derecho de familia en Venezuela**. Publicaciones de la Embajada de Venezuela. Buenos Aires, 1979, p. 92, para quien “el estado de familia es lo que indica la posición de la persona en la familia y que a este estado se llega por medio del emplazamiento de ese estado; es decir, por medio de un acto que coloca a la persona en esa situación”.

exista una sincronía entre el hecho y el derecho⁸. El otro axioma es el de unidad de filiación, al cual se le dedicarán las siguientes líneas:

2. El principio de unidad de filiación

Básicamente, el postulado en estudio se precipita a pregonar la uniformidad en el tratamiento de la relación surgida de la filiación, ello envuelve tanto los efectos y deberes como los mecanismos que permiten probar y precisar el nexo filial. Como todo principio general del derecho, representa una herramienta para la interpretación del ordenamiento jurídico⁹ y persigue que las normas referentes a la filiación se adecuen a la paridad difundida. Obviamente como premisa general posee matices, y como derecho no es absoluto, lo que implica que se admitan variantes razonables y objetivas.

Guerrero Quintero, al respecto, indica que el principio de unidad de filiación, tiene rango constitucional e implica que “todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene el derecho de conocer a sus padres, para que éstos cumplan los deberes correspondientes”¹⁰. Una parte de la doctrina lo denomina “principio de igualdad

⁸ Vid. Varela Cáceres, Edison Lucio: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 222 y ss.

⁹ García de Enterría, Eduardo: “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 30. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1959, p. 157, al comentar el significado de la expresión principios generales del derecho, sostiene: “En su más escueta significación no son meras máximas empíricas o sacramentales, sino justamente principios ontológicos (y no sólo lógicos) que informan la totalidad del ordenamiento; al decir que han de ser generales se salva justamente el riesgo de caer con su utilización en la ‘justicia del caso concreto’ mediante valoraciones individuales no reconducibles a un orden estimativo objetivo y comunitario, y, en fin, al precisar su pertenencia al derecho no sólo se precisa su validez jurídica, sino que también se salva su sentido de ‘razón artificial’, en la expresión referida [arte que requiere un largo estudio y experiencia antes que ningún hombre pueda pretender conocerlo], fruto de la experiencia de la vida jurídica y expresable en una técnica concreta de este carácter, sólo técnicamente precisable, lo que es otra expresión de su carácter objetivo”.

entre todas las filiaciones”, siendo en todo caso indispensable advertir que el mencionado precepto es una derivación de otro macro denominado “principio de igualdad”. De lo dicho se evidencia que entre los mismos existe una relación de especie a género, con las consecuencias colaterales que los aspectos que la doctrina constitucional ha atribuido al derecho a la igualdad son extensible al principio de unidad de filiación¹¹.

Al respecto, Díaz de Guijarro fue enfático cuando afirmó: “debemos luchar con intensidad creciente, para destruir las clasificaciones que entre los hijos existen, para llegar en cuanto sea posible a la realidad de una sola y única categoría filial, o sea, a la igualdad absoluta entre los hijos”¹².

Según lo afirmado, se puede identificar como pautas germinadas del establecimiento del principio: i) supresión de las denominadas “clases o tipos” de filiación¹³; ii) tratamiento uniforme en los efectos de la filiación con independencia

¹⁰ Guerrero Quintero: art. cit. (“Genética y filiación...”), p. 477. Peñaranda Quintero: ob. cit. (**Derecho de familia**), pp. 472 y ss. sostiene: “A lo largo de la historia se han clasificado además a los hijos e hijas, dependiendo de donde provenga su procreación, llegándose inclusive a calificar los tipos de filiación, lo cual ha quedado prohibido por imperio del artículo 56 de la Carta Magna [...] Hoy en día. El derecho venezolano ha acabado con las distinciones existente entre hijos legítimos y los ilegítimos, siendo que, actualmente, todos los hijos tienen los mismos derechos”.

¹¹ De allí que Ramos, César José: “Situación de hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el derecho venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 85. UCV. Caracas, 1992, p. 377, de pasada se refiera a él como “el principio de la unidad o igualdad de la filiación” y lo identifique como fundamento de la última reforma del Código Civil.

¹² Díaz de Guijarro: ob. cit. (**El derecho de familia en Venezuela**), p. 81.

¹³ Verderra Server, Rafael: “Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)”. En: *Revista Derecho Privado y Constitución*. N° 13. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999, p. 314, parafraseando a Ferrandis Vilella, cita que en el derecho español “La reforma del Código civil va más lejos que el texto constitucional. Aquí ya no se trata de mantener ‘clases’ de filiación a las que se atribuirán derechos iguales (no discriminación) sino de eliminar la distinción misma entre filiaciones [...] propiamente el artículo 108 no distingue clases o tipos de filiación; lo que hace es diferenciar entre varios ‘modos de determinación’ de la filiación. Actualmente sólo existe ‘una’ filiación, que ‘puede tener lugar por naturaleza y por adopción’”.

de si la misma ha surgido de la concurrencia de los elementos jurídico y biológico; iii) tratamiento uniforme en los efectos de la filiación con irrelevancia a la relación de pareja de los progenitores¹⁴; iv) promoción y asistencia para que en igualdad de condiciones se establezca la filiación.

2.1. Antecedentes del principio de unidad de filiación

El tratamiento jurídico de la filiación desde los albores de la humanidad ha significado un elemento de distinción entre los hombres, que hoy por hoy, no tiene justificación racional; sin embargo, para llegar a esa evidente conclusión debió consumarse una larga lucha, que finaliza –por fortuna– con la igualdad difundida al unísono por los pueblos de Occidente.

En el derecho patrio, el Código Civil es el que regulaba los tipos de filiaciones y el que también paulatinamente con sus diversas reformas iba eliminando las trabas y distinciones hasta llegar a una de las mayores conquistas del siglo XX en la materia, representado por el principio de unidad de filiación. Pero para que el derecho sustantivo efectuara el salto conclusivo debió la sociedad impulsar el cambio desde el propio derecho constitucional, así pues, el Texto Supremo de 1947 es el primero en incorporar un Capítulo dedicado a “la familia”, donde se apuntalan los cimientos de la divulgada igualdad en la filiación, concretamente se indicaba:

Artículo 47.- El Estado protegerá a la familia, cualquiera que sea su origen, así como la maternidad, independientemente del estado civil de la madre, quien será, además, asistida en caso de desamparo.

¹⁴ Rivero Hernández: art. cit. (“Preterición de hijo extramatrimonial...”), p. 245, apunta: “en general suele referirse el principio de no discriminación a los hijos, entiendo que ese principio es igualmente aplicable a los progenitores, que no deben ser tratados desigualmente en relación con hechos iguales (la procreación) según tengan lugar dentro o fuera de matrimonio. Un trato desigual en lo esencial (derecho a determinar la filiación; otra cosa será el régimen legal, modo de ejercitarlo, etc.) sería discriminatorio y contrario al principio fundamental del artículo 14 de la Constitución Española”.

Artículo 49.- El Estado garantiza la protección integral del niño desde su concepción hasta su completo desarrollo, de modo que éste se realice dentro de un ambiente de seguridad material y moral. En consecuencia, se establecerán, entre otras, las condiciones necesarias: a) Para que los hijos gocen del derecho de conocer a sus padres. b) Para que los padres cumplan el deber de asistir, educar, y alimentar a sus hijos, cualquiera que sea la filiación de éstos...

Como se desprende de las disposiciones transcritas, el constituyente aspiraba a desvanecer cualquier obstáculo que pudiera surgir del estado civil en relación con la descendencia, y por ello prescribe el derecho a que los hijos –sin calificativos– conozcan su procedencia, conocimiento que se traduce en el establecimiento de la filiación. Igualmente disciplina la necesidad de que los progenitores cumplan con sus deberes, lo cual únicamente es factible de forma integral a través de la precisión del nexo filial. Luego, es necesario recordar que la anterior Carta Magna tuvo una vida efímera¹⁵, deviniendo una dictadura que suprimió a través de la Constitución de 1953 el catálogo de derechos, siendo restablecidos con la Constitución Nacional de 1961, la cual en su artículo 75 precisaba:

La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres, para que éstos cumplan el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso¹⁶.

¹⁵ En todo caso, vale agregar que las normas citadas de la Constitución de 1947, inspiraron al Estatuto de Menores de 1950, donde se señalaba como fundamental la obligación del Estado de garantizar los medios y las condiciones necesarios para que los menores de edad: "...goce del derecho de conocer a sus padres [...] no sufra calificaciones humillantes en razón de la naturaleza de su nacimiento..." (artículo 1 literales a y j). *Cfr.* Loreto, Luis: "La Acción y el proceso de filiación natural en el derecho venezolano". En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. 16. Nº 1-2. Caracas, 1951, p. 135.

¹⁶ Cabe destacar que la norma constitucional fue desarrollada tímidamente igualmente por la Ley Tutelar de Menores de 1980, indicando en su artículo 1 numeral primero: "...el Estado facilitará los medios y condiciones necesarias: 1. Para que goce del derecho de conocer a sus padres y, en consecuencia, para que pueda inquirir legalmente el

Pero, como quiera, la realidad del asunto es que la regulación de un derecho a nivel constitucional genera importantes efectos, pero no una automática adecuación en el foro y este es un ejemplo paradigmático. Ciertamente, las enfáticas disposiciones que avizoraban un cambio en el modelo anticuado de la filiación, no recibieron una aplicación efectiva en la praxis, todo lo contrario encontraron férreos y significativos impedimentos por parte de la doctrina nacional, ratificados –por desgracia– por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia¹⁷.

Al respecto, indicaron los “doctos”, secundados por los magistrados, que la disposición constitucional en referencia representaba una “norma programática”, lo que en otras palabras se traduciría en que la igualación difundida no era aplicable hasta tanto el parlamento elaborara el texto legal que desarrollaría el modelo o programa constitucional.

Para ubicar al lector en el contexto histórico, urge precisar que por un buen lustro la dogmática sostuvo que las normas que integran la constitución podían tener diversos caracteres, elaborando con tal propósito una distinción “espiritualista” representada en una bifurcación entre las normas de aplicación directa u operativas y otras que eran programáticas. Según esa clasificación las primeras son disposiciones que se valen por sí mismas y por ello tienen validez y aplicación inmediata, no exigen una regulación ulterior, por ser mandatos categóricos. En el otro estribo, se ubican las denominadas normas programáticas que, según la mencionada doctrina, serían regulaciones constitucionales que están dirigidas al legislador para que en el ejercicio de sus funciones parlamentarias las desarrolle, ya que representan simples aspiraciones o deseos, que para lograr su efectividad en concreto requieren de una infraestructura normativa que sólo estaba en posición de establecerla el Congreso o Asamblea.

vínculo paterno filial, o ser reconocido por sus progenitores, independientemente del estado civil de los mismos...”. *Vid.* Guerrero Quintero: art. cit. (“Genética y filiación...”), p. 478. *Cfr.* Harting R., *Hermes*: “Los aspectos resaltante de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Nº 35. Publicaciones UCAB. Caracas, 1986, pp. 262 y ss.

¹⁷ *Vid.* Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 27 de mayo de 1969.

En realidad, la distinción no tendría importancia si el legislador ante un mandato del constituyente fuera diligente y creara la Ley que desarrolle el derecho, tal y como lo ordena expresamente el Texto Fundamental, pero la verdad del asunto es que ocurre todo lo contrario, huelgan los ejemplos o, para ser más franco, los malos ejemplos, como sería en la Constitución de 1961 el aquí rememorado, o lo ocurrido con el desarrollo del artículo 49 referido al amparo constitucional; este último caso debió esperar que el Congreso dictara en 1988 la Ley respectiva para tener plena efectividad¹⁸. Entonces, más de dos décadas vieron transcurrir los niños –que terminaron siendo hombres– para sentir la protección que el constituyente vaticinaba y donde durante tal lapso la garantía fue una linda aspiración para “caldear los corazones”, como diría García de Enterría en tono de protesta¹⁹, y sobre la Carta Magna de 1999 existen igualmente ilustraciones de carencia de presteza y celeridad de la Asamblea, que no traemos a colación para no herir sentimientos y porque todavía discurre el reloj que bien puede ser alegoría a la obra de Dalí²⁰.

En todo caso, el punto es que el artículo 75 de la Constitución de 1961, se vio envuelto en la polémica sobre su carácter directo o programático. Al respecto, Álvarez recuerda los sucesos que marcaron la discusión, así señala que una parte de la doctrina, siguiendo la inclinación de las normas de aplicación directa, expuso: el artículo 220 del Código Civil de 1942 –vigente para dicho momento– “...es contrario a la disposición expresada en el artículo 75 de la Constitución ya que menoscaba para los niños que se hayan en situación prevista en la disposición del artículo citado los derechos que les reconoce el

¹⁸ Consúltense en materia de recurso de amparo el opúsculo de Quintero, Jesús Ramón: “La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 9. Publicaciones UCAB. Caracas, 1970, pp. 157 y ss.

¹⁹ García de Enterría, Eduardo: **Hacia una justicia administrativa**. 2ª, Civitas. Madrid, 1992, p. 48, concretamente recuerda que la Constitución “No es, pues, un simple manifiesto declamatorio propio para caldear los corazones y ser recordada en las conmemoraciones de las fiestas patrias, sino que es una verdadera norma, que pretende organizar el sistema institucional y atribuir verdaderos derechos...”.

²⁰ En fin, vale recordar que las negligencias parlamentarias tienen vías sutiles y limitadas de apremio a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 336 N° 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

artículo 75 de la Constitución. Igualmente el artículo 225 del Código Civil por la íntima relación que guarda con el 220 es inconstitucional”²¹. Para Andueza era indudable que los artículos 220 último aparte y 225 del Código Civil de 1942 que prohibían el reconocimiento voluntario y forzoso de los hijos cuando en el momento de su concepción existía algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, “...estaban en contradicción lógica con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución. Esta contradicción lógica ha podido atacarse mediante dos procedimientos. El primero, por considerar que los artículos 220 y 225 del Código Civil habían sido derogados tácitamente por el artículo 75 de la Constitución, y, segundo, por considerar que dichos artículos eran inconstitucionales y, por tanto, la Corte Supremo de Justicia podía declarar la nulidad”²². En síntesis, los que sostenían esta posición veían que las normas citadas del derecho común que establecían diferenciaciones en la filiación y prohibiciones para establecer el vínculo eran claramente contrarias al Texto Constitucional y por ello debía ser declarados inconstitucionales e inaplicables, sin necesidad de esperar que el legislador efectuara la adecuación formal de la Ley a la Constitución.

La otra posición, según reproduce Álvarez, vendió con éxito la idea de “distinguir las cláusulas directamente operativas de las mediatamente operativas o programáticas, que no pueden aplicarse sino cuando las completa la legislación ulterior, por requerirlo así la letra y el contenido del precepto. Las cláusulas operativas pueden aplicarse directamente por los jueces aun cuando no han sido reglamentadas, desde el momento en el cual entra en vigencia la

²¹ Álvarez, Tulio Alberto: “Antecedentes y evolución de la legislación sobre la filiación ilegítima en Venezuela”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 30. Publicaciones UCAB. Caracas, 1980, p. 362.

²² Andueza, José Guillermo: “Aspectos constitucionales en relación con la reforma del Código Civil”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 32. Publicaciones UCAB. Caracas, 1982, pp. 119 y ss. Vale la pena recordar, como lo hace el propio Andueza, que un jurista con ideas preclaras como José Rafael Mendoza Juez de Primera Instancia en lo Civil del Estado Lara, había sostenido la tesis de la derogatoria tácita de los artículos 220 y 225 del Código Civil, para mayor detalle léase los distintos argumentos sostenidos por Mendoza, José Rafael: **El derecho de familia visto por un juez**. 4ª, Tipografía y Litografía Horizonte. Barquisimeto, 1999, pp. 72 y ss.

Constitución. Pero no ocurre con las programáticas, que se dirige al legislador, y, por tal motivo, no puede fundarse declaratoria de inconstitucionalidad en ellas hasta el momento en que el legislador las desenvuelva. El artículo 75 contiene la afirmación de un principio general, de un programa que será hecho realidad solamente mediante la emanación de la Ley ordinaria”²³. En definitiva, como recuerda Andueza, ante un recurso de nulidad de los artículos 220 y 225 del Código Civil, la para entonces Corte Suprema de Justicia, sin mayores aspavientos sentenció:

El artículo 75 dice “la ley proveerá lo conducente para que...” o sea que el legislador deberá dictar, en el futuro, el ordenamiento legal para que se cumpla lo programado en la norma constitucional²⁴.

Pues bien, aunque es claro que la anterior argumentación referente a las normas proyectivas o programáticas, carece de fundamento jurídico y por ello se ha abandonado en la actualidad, la misma prevaleció en el foro venezolano y en tal sentido se requirió de una reforma del Código Civil, que es la Ley que regula sistemáticamente la materia, para comenzar a cumplir el mandato constitucional, lo cual, en definitiva ocurrió en 1982²⁵.

Es oportuno hacer referencia que en el derecho español se presentó igual disyuntiva en relación con el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 y el artículo 137 del Código Civil español de 1889, decidiendo el Tribunal Constitucional en sentencia del 20 de diciembre de 1982, que la disposición

²³ Álvarez: art. cit. (“Antecedentes y evolución...”), p. 362. *Vid.* López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 395.

²⁴ Andueza: art. cit. (“Aspectos constitucionales...”), p. 121.

²⁵ Al respecto conviene indicar que la Exposición de Motivos del para entonces “Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil”, poseía como propósito cardinal “...la revisión y modificación de las normas del Código Civil vigente, que establecen diferencias o desigualdades legales entre la mujer y el hombre, así como también las que impliquen ese tipo de diferenciación o desigualdad entre hijos extramatrimoniales e hijos nacidos de matrimonio. Ello, a su vez, se basaba en la necesidad de adecuar dicho Código a las disposiciones de los artículos 61 y 75 de la Constitución...”.

de la Carta Magna, que indica: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...”, derogaba por inconstitucionalidad sobrevenida aquellas normas del Código que establecían una discriminación de los hijos por razón de su nacimiento. Por otra parte, la Ley 11/1981 mediante el cual se reforma el Código Civil en materia de filiación, adecuo el texto legal al constitucional²⁶.

Hoy en día, es cristalino como agua de manantial, que la vetusta distinción entre normas programáticas y operativas o directas, no puede sostenerse, sin burlar el carácter supremo de la Constitución; así Linares Benzo, en su tesis doctoral, afirma:

...la Constitución es derecho verdadero y vinculante, tanto en su conjunto como en cada una de sus normas, que debe ser aplicada preferentemente por los Tribunales y cualesquiera otros operadores jurídicos [...] Si bien no hay duda de que la Constitución remite a la ley la regulación de un importante número de materias –y no podría ser de otro modo, dado el carácter concentrado de las disposiciones constitucionales [...]– lo que no puede aceptarse de ningún modo es que la Constitución o algunas de sus normas contengan simplemente un programa legislativo, y que sea ineficaz como regla de derecho, es decir, insusceptible de ser invocada ante los Tribunales y tenida por éstos como base de sus decisiones²⁷.

²⁶ *Vid.* Rivero Hernández: art. cit. (“Preterición de hijo extramatrimonial...”), p. 236, quien al comentar la anterior sentencia señala: “La aplicación directa del artículo 14 de la CE, el reconocimiento de su valor normativo (no sólo declaración de principio) y la vinculatoriedad inmediata de dicho precepto constitucional había dejado igualados en trato jurídico a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, con lo que el régimen jurídico de las acciones de filiación extramatrimonial era, a partir de la entrada en vigor de la Constitución y hasta la vigencia de la Ley 11/1981, el mismo que el de la filiación matrimonial, o al menos, quedaban derogadas cuantas normas discriminaron a unos respecto de otros”.

²⁷ Linares Benzo, Gustavo José: “El proceso de amparo”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 113. UCV. Caracas, 1999, p. 133.

En palabras más que autorizadas, García de Enterría señala como principio general:

...toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo [...] es parte del ordenamiento jurídico [...] la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción [...] y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales...

...todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución [...] deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecen de valor normativo.

Desde una concepción sustancial de la Constitución será imposible entender otra cosa: no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya de dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos²⁸.

Tristemente, como quedó anotado, ello no fue observado en su debido tiempo, y por tal motivo, prevaleció en el foro venezolano la tesis de las normas programáticas, causando en el supuesto aquí comentado la flagrante negación de los derechos fundamentales de innumerables niños, hasta que se modificó el Código Civil en 1982.

Entonces, la filiación regulada en el Código Civil antes de su reforma de 1982, contrario a un régimen unificado, normaba un orden sectorizado, es decir, identificaba una serie de clases de filiaciones donde su establecimiento permitía detentar específicos derechos que se encontraban excluidos o limitados a otras especies de menor rango. Concretamente, el Código, en dicha etapa histórica,

²⁸ García de Enterría, Eduardo: **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3ª, Civitas. Madrid, 2001, pp. 63-68-71. *Vid.* Nieto, Alejandro: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional". En: *Revista de Administración Pública*. N° 100-102. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, pp. 384 y ss.

partía de una ramificación en la cual por un estribo se encontraba la filiación más garantista denominada “legítima”²⁹ y en otra posición se ubica la filiación ilegítima; siendo que el elemento de partida para efectuar la escisión era el matrimonio, lo que en términos precisos permitía afirmar que son hijos legítimos aquellos concebidos o que nacen dentro de un matrimonio, y aquellos donde los progenitores carezca de tal vínculo conyugal son en principio ilegítimos. Además de lo anterior, en el segmento denominado como ilegítimo, también se efectuaba una distinción interna, la cual, en palabras de Álvarez, y según el Código Civil de 1862, estaría conformada por “los naturales, eran aquellos hijos ilegítimos que habían sido reconocidos; los hijos ilegítimos propiamente dichos, eran aquellos que podían ser legalmente reconocidos y los hijos de ‘dañoso ayuntamiento’, que son los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos”³⁰.

²⁹ Comenta López Herrera, Francisco: **Anotaciones sobre derecho de familia**. Editorial Avance. Caracas, 1978, pp. 662–663, que la vetusta filiación legítima representaba una “superior categoría jurídica” en relación con la filiación ilegítima o natural, la cual se manifestaba en mayores garantías de prueba y en la intensidad de los efectos que producían; agregando que la mencionada preponderancia era “reconocida en casi todas las legislaciones”. Al respecto Galindo Garfias, Ignacio: **Estudios de derecho civil**. UNAM. D.F. México, 1981, p. 252, observa que no obstante los categóricos neologismos con que se expresaba el derogado Código Civil para el Distrito Federal de 1928, a través de su Exposición de Motivos, donde refiere “Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres que sean privados de las seguridades y derecho únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo que ninguna culpa tienen [...] porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de saber que los autores de su existencia les proporcionaron los medios de vivir...”, en definitiva termina regulando (artículo 382) limitaciones para la investigación de la paternidad, situación que ponía seriamente en duda que en la práctica se hayan allanado las injusticias. No obstante, el Código mexicano fue hace poco reformado y según Pérez Contreras, María de Montserrat: “La filiación en la legislación familiar para el Distrito Federal: comentarios en torno a las reformas”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 105. UNAM. D.F. México, 2002, p. 1060, se superó la rancia distinción, que existía con la filiación natural la cual “tendía a establecer un grado menor de derechos y obligaciones entre padres e hijos, lo que ocasionaba el que se reconociera una práctica que creaba y establecía un estado de inferioridad respecto de los hijos legítimos”.

³⁰ Álvarez: art. cit. (“Antecedentes y evolución...”), p. 346. *Cfr.* Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 200, quien indica al glosar el Código Civil de 1873, que para tal momento se deducía “siete especies de hijos, á saber: legítimos,

A grandes rasgos, el ordenamiento jurídico regulaba restricciones concretas a los derechos que podían detentar los hijos calificados como naturales o ilegítimos, siendo que no poseían igual vocación hederitaria, preexistían limitaciones específicas de prueba y trabas para demandar en reclamo de una correcta filiación, entre otros aspectos objetables³¹. Como se aprecia, la justificación de dichas discriminaciones se fundamentaba en una falsa moral, de restringir los derechos de los hijos naturales, para no lesionar el “sagrado” nexo del matrimonio, siendo que en la práctica los impedimentos se imponían a seres que no habían cometido falta alguna, sólo el nacer de una relación socialmente censurada y exclusivamente responsable de los progenitores, a los cuales se les premiaba con su irresponsabilidad filial.

Es el caso que, en la actualidad, el legislador –aunque se ha tomado su tiempo– ha sabido delinear que los derechos emergidos con la filiación, no deben relacionarse con la situación en que los progenitores discurren su vida en

legitimados, adoptivos, simplemente naturales, naturales reconocidos, adulterinos é incestuosos”. Por su parte, como destaca Ramos, César José: “Unidad y verdad de la filiación”. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 1-1. UCV. Caracas, 1983, p. 125, el Código Bello de 1853 en su artículo 32 señala: “una clasificación de los hijos ilegítimos en: a) Hijos naturales y b) de dañado ayuntamiento. Son naturales los que han obtenido el reconocimiento de su padre; o madre o ambos. Son de dañado ayuntamiento, los adulterinos, incestuosos, y sacrílegos. De estas últimas definiciones ocupa el artículo 37, adulterino es el concebido entre personas, de las cuales una a lo menos, al tiempo de la concepción estaba casada con otra, salvo en caso de matrimonio putativo. Incestuoso, para los efectos civiles es el concebido entre padres ligados por parentesco de consanguinidad o afinidad, en línea recta o en el segundo grado transversal o entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro. El artículo 39, configura el sacrílego como el generado entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores o persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica”.

³¹ Sobre la limitación legal de inquirir la paternidad, Loreto: art. cit. (“La Acción y el proceso de filiación...”), p. 139, llegó a pronunciarse en términos categóricos al señalar que en su sustancia tal proceder representa “un burladero levantado por el Estado para que oculten y defiendan su impudencia quienes deberían ser perseguidos por la justicia. Es el Estado mismo que crea así y mantiene esa forma crónica de abandono de la niñez que podríamos calificar de orfandad civil”.

pareja, sea esta matrimonial, unión estable de hecho u otra, generando que el tipo de relación de los padres, sea en principio indiferente a los derechos del hijo³². En fin, como señala Ramos, con la reforma del Código Civil se privilegia la igualdad jurídica en dos aspectos fundamentales, a saber:

Primero [...] al eliminar las prohibiciones contenidas en los artículo 220 y 225 del Código Civil para el establecimiento de la filiación, con lo que la anterior diferencia entre filiación ilegítima y filiación natural no tiene razón de ser. En segundo lugar, al equiparar los efectos jurídicos de la filiación legítima y natural, de manera tal que no existe sino una sola filiación. El nuevo código elimina así la llamada jerarquía de las filiaciones, con derechos de preferencia y preeminencia de la filiación legítima sobre la natural...³³.

2.2. Regulación del principio de unidad de filiación

Como se reveló un poco más arriba, un principio no exige de una regulación expresa; todo lo contrario, la mayoría de ellos se desprenden de la sana hermenéutica de diversas normas que en conjunto deducen un criterio orientador base de un sistema o institución. Sin embargo, en algunos casos, el constituyente o legislador prefiere ser tajante en la cuestión y disciplinar los principios de forma concreta aunque los denomine valores o fines del ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere al acuñado principio de unidad de filiación, se puede sostener sin aprensión que el mismo se desprende sutilmente del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cuando hace alusión a que la maternidad y paternidad son protegidas independientemente del

³² Lo expuesto es un reflejo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que en su artículo 17 N° 4, señala: “En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”. En similares términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 23 N° 4). Como se observa, la relación filial y sus efectos son indiferentes a si los padres viven en pareja o se encuentran separados.

³³ Ramos: art. cit. (“Unidad y verdad de la filiación”), p. 131.

estado civil de los progenitores, ya que como se ha señalado, para que exista la progenitura debe haber filiación y viceversa; igualmente del artículo 21 *ejusdem* se extrae que no pueden establecerse tratos diferenciados por la condición social de casado, soltero, unido estable y otros, que tengan los padres en relación con la prole, en concordancia con el artículo 75 del Texto Constitucional que fundamenta las relaciones familiares en la igualdad como principio orientador³⁴. Así también el artículo 56 del Texto Supremo precisa que los documentos de identidad, entre los cuales se ubican las partidas de nacimiento³⁵, “no contendrán mención alguna que califique la filiación”³⁶, es decir, no

³⁴ A título ilustrativo, en el ordenamiento jurídico español se intuye este principio de unidad como una derivación que se desprende del artículo 14 de la Constitución Española que regula el “principio de igualdad ante la ley”, siendo que expresamente proscribire cualquier discriminación “por razón de nacimiento”, en concordancia con el artículo 39 numeral 2, que señala: “...Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad...”. *Vid.* Martín Rebollo, Luis: **Constitución Española (edición especial anotada)**. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2003, p. 94. La Constitución de Colombia, en el artículo 42, señala: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...”. *Vid.* **Compilación de constituciones políticas**. T. I. FUNEDA, Caracas, 1999, p. 435. En el campo internacional los siguientes textos censuran la discriminación por “nacimiento”: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 1); igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 1 numeral primero); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998 (artículo 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 2 numeral primero, en concordancia con los artículos 24 numeral primero y 26).

³⁵ *Vid.* el artículo 3 de la Ley Orgánica de Identificación, en concordancia con el artículo 6. Léase al respecto Varela Cáceres, Edison Lucio: **La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes**. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Caracas, 2008, pp. 58 y ss. y Varela Cáceres, Edison Lucio: “El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”. En: *Revista de Derecho*. Nº 33. TSJ. Caracas, 2010, pp. 286 y ss.

³⁶ Un antecedente mediato de la anterior regulación, se encuentra en el artículo 61 de la Constitución de 1961; el artículo 35 numeral 8, de la Constitución de 1953, y artículo 46 literal c) de la Constitución de 1947, siendo que esta última indica: “La Nación

puede indicarse en los mismos ninguna frase que haga referencia a la filiación ilegítima, natural u otra denominación, que someta al titular al descrédito, y si existiera una contradicción a la anterior afirmación y el acta de nacimiento, por ejemplo, contuviera alguna expresión como “quien es hijo adulterino”, no produciría efecto jurídico alguno³⁷.

En lo que se refiere al denominado “bloque de la constitucionalidad”, en el cual se ubican las distintas normas de jerarquía constitucional que se encuentran fuera del preámbulo, articulado, disposiciones transitorias y enmiendas de la Carta Magna, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, texto internacional que posee tan elevado rango según la norma de reenvío contenida en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³⁸.

Así, la mencionada Convención determina, en su artículo 2 ordinal primero, que los Estados suscriptores se comprometen a preservar los derechos de los niños sin distinciones por “origen [...] social, [...] el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, siendo

garantiza a todos sus habitantes la igualdad, en virtud de la cual: [...] c) La identificación de una persona para los actos de la vida civil no comprenderá mención alguna que se refiera a la naturaleza de la filiación, establezca diferencia en los nacimientos o indique el estado civil de los padres...”. *Vid.* Brewer-Carías, Allan R.: **Las constituciones de Venezuela**. T. II. 3ª, Academia de Ciencias Sociales y Políticas. Caracas, 2008, pp. 1310 y ss.

³⁷ Duque Sánchez, José Román: **Comentarios jurídicos**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 182, afirma al respecto: “Cuando las partidas no contengan irregularidades, inexactitudes o deficiencias, sino simplemente indicaciones extrañas al acto, no es necesario su rectificación, pues el legislador declaró que esas menciones no tienen ningún valor, y por consiguiente, no vician o anulan la partida que las contiene, ya que lo útil no se vicia por lo inútil, como enseña la hermenéutica”. Los artículos 451 y 457 del Código Civil, regulaban los postulados destacados en el texto pero actualmente se encuentran derogados por Ley Orgánica de Registro Civil (disposición derogatoria segunda), sin contener esta última disposiciones semejantes. No obstante, son claramente principios jurídicos.

³⁸ Sobre la naturaleza de la Convención léase nuestro comentario, Varela Cáceres, Edison: “El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”. En: *Revista de Derecho*. N° 31. TSJ. Caracas, 2009, pp. 73 y ss.

en atención de lo indicado, una discriminación todo trato distinto por nacer de padres no casados o de progenitores que detentan impedimentos para contraer matrimonio. Lo expuesto en la práctica involucra la idea de la inconstitucionalidad de toda norma que establezca diferenciaciones fundadas exclusivamente en valoraciones como las anotadas, siendo en todo caso una obligación el tomar medidas positivas de toda índole (legislativa, administrativa y judicial) para garantizar la igualdad real y efectiva³⁹.

Otros instrumentos internacionales que podrían tener jerarquía constitucional, según lo indicado en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que regulan expresamente el principio en referencia son:

- a. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que indica en su artículo 25 N° 2: “Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.
- b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, expone en su disposición 17 N° 5: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.
- c. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998, determina en el artículo 16: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.
- d. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, afirma en la norma 10 N° 3: “se deben adoptar medidas especiales

³⁹ Advirtase al respecto, la Ley Orgánica de Registro Civil que determina en el artículo 93 referido a los datos que se incorporan al acta de nacimiento, que se debe omitir “el estado civil” de los progenitores, ello a los fines de que tal información no ocasione ninguna situación de discriminación por filiación o nacimiento, e incluso la misma se considera de “carácter confidencial” y por tanto tiene restringida su publicidad, según el artículo 60 *ejusdem*.

de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

En lo referente a la legislación exclusivamente interna, el Código Civil determina lo siguiente:

Artículo 234.- Comprobada su filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos⁴⁰.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece claramente el postulado, expresando:

⁴⁰ Torres-Rivero, Arturo Luis: **Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982**. Vol. I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Caracas, 1984, p. 48, señala con su agudeza característica “No obstante la igualdad total querida por la Reforma, desdice de ella el mismo artículo 234 –y también los artículos 201, 209, 210, 216, 225, 235, 261, 467, 468, 826, 827, 828 y 1464–, al contener una discriminación que raya en el eufemismo, al cambiar la etiqueta del Código Civil de 1942 por otro rótulo que no sólo en lo semántico sino también en lo real revela un distingo en la filiación. El Código reformado, entre los hijos, habla de legítimo y de natural o ilegítimo. A partir de la Reforma se habla de hijo durante, dentro, del matrimonio o no matrimonial, y de hijo fuera del matrimonio o extramatrimonial o no matrimonial. En consecuencia, sigue habiendo diferencia entre los hijos, y, a pesar del alarde bullanguero del propósito igualitario de la reforma, está a la vista la discriminación en el origen de los hijos. ¿En qué varía llamar a un hijo natural que llamarlo fuera del matrimonio o extramatrimonial o no matrimonial? Para ser congruente con la igualdad, lo correcto hubiera sido que en el articulado se hablara simplemente de hijos”. El Código Civil para el Distrito Federal de México, en su Reforma del 2000, incorporó expresamente el mencionado principio en los siguientes términos: “Artículo 338-*bis*.- La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”. Pérez Contreras: art. cit. (“La filiación en la legislación...”), p. 1068, sostiene: “el nuevo artículo 338 *bis* tiene por objeto señalar que cualquiera que hubiese sido la forma en que se estableció el vínculo de filiación entre los padres y sus descendientes, fuere el nacimiento natural o biológico, la adopción, la inseminación artificial, etcétera, ésta no deberá influir para que se establezcan prácticas discriminatorias respecto de los mismos”.

Artículo 346.- Unidad de filiación. Los hijos e hijas, independientemente de cual fuere su filiación, tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones con relación a su padre y a su madre.

La anterior norma es capital, ya que se ubica en un texto que aspira consolidar un modelo especial de protección de la infancia, fundado en valores garantistas y por ello su influencia normativa se extiende a todo el articulado y normas que se engranan con el paradigma enunciado.

En puridad, el principio examinado no es expreso –y en cierto sentido es bueno que así sea ya que demasiada explicitud genera para nuestro desconsuelo “inercia mental” en el intérprete–, lo que sí se aprecia con claridad es un conjunto de normas de diverso relieve que fundamentan sus regulaciones en la exclusión de cualquier distinción mezquina. Como sostiene García de Enterría, un principio de derecho es introducido al concierto jurídico cuando “explica una pluralidad de soluciones concretas hasta entonces más o menos casuística, las de sentido unitario y profundo, por su enraizamiento en el condensado ético que el propio principio encierra, y, finalmente, queda en disposición de manifestarse en otra serie indefinidas de consecuencias preceptivas” y parafraseando a Latournerie expresa: “el principio debe tener la mayor posibilidad ‘de penetrar sin efracción y por una inserción pacífica en el recinto del Derecho ya construido, o, por lo menos, debe presentar el menor riesgo de comprometer el equilibrio de éste y de perturbar su economía. Y debe, además, tener el privilegio de abrir a las aspiraciones del Derecho latente el acceso más suave y más amplio hacia el Derecho sancionado’”⁴¹.

⁴¹ García de Enterría, Eduardo: “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 42. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1963, pp. 270 y ss. Según deduce García de Enterría: art. cit. (“La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”), p. 163, la fecundidad “es uno de los rasgos fundamentales de todo auténtico principio general”, ello es el encerrar “virtualidades y potencialidades” de aplicación a otras situaciones tópicas que la realidad ofrece y que el jurista debe desentrañar con carácter objetivo. Sobre su carácter el Tribunal Constitucional español ha sostenido “Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento

Es de acentuar que cuando se efectúa la aseveración sobre la existencia del principio de unidad de filiación, se hace con plena conciencia de las connotaciones prácticas que acarrea dicha afirmación, así al ser una proposición axiomática, envuelve la idea que no requiere de una regulación taxativa, siempre que su establecimiento se deduzca de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, así también el mismo representaría un criterio orientador y por supuesto vinculante sobre la interpretación de las disposiciones tocantes a la filiación⁴².

Justamente, el principio de unidad de filiación ha demostrado con creces su cualidad de penetración, de allí que existen casos específicos donde instituciones tradicionales se han visto renovadas por el principio en análisis, *verbi-gracia* la autoridad parental, donde según los artículos 349 y 350 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el padre y la madre son titulares y ejercerán conjuntamente la patria potestad, ya sea que

jurídico –como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil–, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo... carácter específico del valor aplicativo –y no meramente programático– de los principios generales plasmados en la Constitución”, citado en García de Enterría, Eduardo: “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 10. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, p. 15.

⁴² Al respecto, Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, Jose Carlos: “Los valores y principios en la interpretación constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 35. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992, pp. 98-104 y ss. indican: “Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y una vez determinados, tienen proyección normativa [...] los principios no siempre constan explícitamente en el texto [...] pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática”. Destacan los autores aludidos, que la labor de los principios engloba los siguientes aspectos: “Tienen eficacia directa. Permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto. Su función positiva consiste en informar el ordenamiento. La función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria. Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisoluble...”.

exista matrimonio o unión estable de hecho entre los progenitores o no, siendo lo indispensable que se haya establecido la filiación con independencia al vínculo que une a los padres. La anterior innovación borra la rancia distinción que obligaba a ponderar el tipo de relación de pareja de los progenitores para determinar el ejercicio de la patria potestad y sus atributos⁴³.

En sintonía con lo anterior, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, establece en su disposición 16 N° 1, literal d), que los Estados parte deben asegurar en condiciones de igualdad entre hombre y mujer “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materia relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán de consideración primordial”⁴⁴. Pues bien, ya se ha indicado que la progenitura es la otra perspectiva de la filiación, lo que permite concluir que así como todos los hijos tiene derecho a recibir atención y protección de los padres, estos últimos correlativamente deben poseer la posibilidad real para que en paridad de condiciones presten dicha tutela privilegiada, de allí pues, la necesaria igualación en el ejercicio de las instituciones de representación como la patria potestad.

Antes de la modificación ocurrida en el año 2007, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 efectuaba una distinción –en sintonía con el artículo 261 del Código Civil (derogado por la anterior Ley)– para el ejercicio de la autoridad parental, según que el reconocimiento del hijo ocurriera de manera simultánea o no por los padres, así en palabras de

⁴³ Igual idea se puede sostener de la ahora denominada “obligación de manutención” donde el legislador en el artículo 369 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ha incorporado como criterio orientador para la determinación del monto de dicho deber “el principio de unidad de filiación”.

⁴⁴ Agregando la Ley Aprobatoria de la Convención, en el mismo artículo literal f), que hombre y mujer en igualdad de condiciones poseen “Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. *Vid.* artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Domínguez Guillén, la diferenciación era justificada en el siguiente contexto: “Consagrar el ejercicio compartido de la filiación extramatrimonial en todo caso, sin distinción alguna, podría propiciar frecuentes conflictos entre los progenitores que irían en perjuicio del hijo”⁴⁵.

Ahora bien, como lo indica Tudares, el trato desigual en el ejercicio de la patria potestad representaba una afrenta al “principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales”⁴⁶, lo que en la práctica implicaba decir que los hijos que nacen y se crían con padres vinculados por matrimonio tienen mayores garantías de protección en concreto, que los de padres no casados si el reconocimiento se ha efectuado después de determinado tiempo, ya que según la legislación anterior, para este último supuesto, en principio, sólo tendrían a un progenitor que ejerciera activamente las facultades que el asambleísta ha diseñado en su defensa. Siendo lo anterior un contrasentido con el espíritu que envuelve el modelo instaurado, se exigía reivindicar el principio de unidad y establecer una equiparación como la actualmente vigente. En lo referente a los posibles obstáculos que dicho ejercicio compartido podría originar entre los progenitores, se indica que por un lado el legislador diseña mecanismos asertivos para solucionarlos y por otro la Constitución demanda una paternidad responsable que no se escuda en rencillas entre adultos, las cuales en toda circunstancia no debe limitar los derechos de los niños o adolescentes. Vale agregar que justamente lo que se pretende es una participación activa por ambos progenitores en la vida de los hijos y eso únicamente se alcanza cuando los sujetos están en igualdad de condiciones, con indiferencia a su relación como pareja, siendo que esta última circunstancia –se reitera– no debe afectar la filiación y su derivación representada por la patria potestad.

Otro caso, con que se puede ilustrar la practicidad del principio en estudio, lo representa la interpretación de artículo 216 del Código Civil, que estipula:

⁴⁵ *Vid.* Domínguez Guillén, María Candelaria: “Innovaciones de la reforma de la LOPNA en materia de patria potestad”. En: *Revista de Derecho*. N° 28. TSJ. Caracas, 2008, p. 141.

⁴⁶ Parafraseada por Domínguez Guillén: art. cit. (“Innovaciones de la reforma...”), p. 139.

Artículo 216.- El hijo nacido fuera del matrimonio, una vez reconocido no puede llevarse a la residencia familiar sin el consentimiento del otro cónyuge⁴⁷.

Sobre la disposición transcrita conviene repetir lo que se ha sostenido reiteradamente en otras oportunidades, referente a que no existen derechos absolutos y, por tal motivo, el legislador puede establecer limitaciones racionales y objetivas, fundadas en otros valores dignos de tutela. En la hipótesis regulada en el texto sustantivo, reparamos que en realidad la norma no parece tener sentido en la actualidad, más pretende evitar supuestas desavenencias o conflictos en el lecho conyugal a partir del reconocimiento de una filiación generada en una relación con persona distinta al consorte. En todo caso, se debe indicar que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes regula un derecho fundamental referente a que los niños deben tener contacto directo con los padres; específicamente apunta:

Artículo 25.- Derecho a conocer a su padre y madre y a ser cuidados por ellos. Todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de cuál fuere su filiación, tienen derecho a conocer a su padre y madre, así como a ser cuidados por ellos, salvo cuando sea contrario a su interés superior.

La norma anterior, en sintonía con el principio de unidad de filiación, obligaría como mínimo a atemperar la solución que se arroje de existir conflictos de intereses como el regulado en el artículo 216 del Código. Así, en conexión con lo expuesto, existe un principio de protección del grupos de hermanos (artículo 26 parágrafo segundo de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), a través del cual se estimula fortalecer los lazos afectivos

⁴⁷ Norma que está contenida en códigos foráneos como *verbigracia* el Código Civil para el Distrito Federal de México, que indica: “Artículo 372.- El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste”. López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 304, enuncia como “única excepción”, del artículo 234 del Código Civil, precisamente el principio de unidad, donde la norma se trata de justificar al ser “una consecuencia obligada del deber de asistencia o socorro moral que existe entre las personas casadas entre sí”.

entre los mismos, independientemente de si ellos son de doble conjunción o simple; de allí que de concurrir contradicción entre los postulados establecidos en la legislación especial y el artículo del derecho común, este último debe ceder en beneficio de un mayor acercamiento y vinculación entre la familia, en este caso ampliada o extendida, ya que de lo contrario se estaría privilegiando un trato que discrimina sin justificación racional.

Recapitulando, del principio se intuye un tratamiento uniforme de los efectos que surgen del establecimiento de la filiación, en consecuencia la erradicación de las clasificaciones y subtipos. Lo apuntado obliga a señalar que no existe una verdadera “filiación matrimonial y extramatrimonial”, sino únicamente filiación, siendo que esta última podrá determinarse más fácilmente si existe un matrimonio entre los padres, pero, independientemente de ello, igualmente puede precisarse y hacerse valer jurídicamente a través de las amplias opciones que el ordenamiento regula y promueve; yaciendo un interés del Estado en asegurar que toda persona tenga un vínculo filial paterno y materno correctamente establecido, es decir, que el mismo corresponda con la identidad biológica que lo soporta, al menos en la mayoría de los supuestos.

3. Clases de progenitura

Aunque ha quedado perfectamente delineado en el punto anterior que en el presente existe una sola filiación en cuanto a los efectos que de ella devienen, lo expuesto no es óbice para que se identifique una clasificación en su otro aspecto referido a los proveedores de la carga genética y que por naturaleza son la madre y el padre sobre los cuales se establece el vínculo filial⁴⁸. Lo narrado,

⁴⁸ Esta diferenciación puede quedar desvanecida en legislaciones foráneas como *verbi-gracia* España, donde se establece el vínculo filial entre “progenitores” de homólogo sexo, es decir, en el caso de matrimonio entre dos mujeres, por ejemplo, donde una de ellas recurra a la técnica de fecundación *in vitro* y la cónyuge no dotadora de la carga genética manifieste su voluntad que el fruto de la concepción se establezca con respecto a ella (artículo 7 numeral 3 de la Ley 14/2006 “sobre técnicas de reproducción humana asistida”, según reforma introducida por la Ley 3/2007); o en el supuesto de la adopción conjunta por matrimonio homosexual (artículo 175 del Código Civil

obedece a un hecho necesario, el cual es que las especies en comento poseen distintos medios de determinación –que no son artificiales, sino se fundan en el papel del hombre y la mujer dentro de la procreación que no es idéntico–, de allí el estudio individualizado. En palabras autorizadas de Loreto:

El alumbramiento de una criatura es un hecho natural que cae bajo el dominio de los sentidos, originado de un nexa causal entre la madre y el niño, verificable en el acto mismo del parto, lo que llevó al derecho romano de la era clásica a afirmar como verdad de experiencia indudable que la madre es siempre cierta aun cuando no haya concebido de matrimonio. Por el contrario, el fenómeno de la fecundación referido ha determinado hombre, si bien cierto desde el punto de vista de la realidad biológica, no es verificable por la percepción inmediata y directa. La fecundación individualizadora de la paternidad escapa, por el secreto mismo de la naturaleza, a la observación directa, debiendo necesariamente establecerse con criterios más o menos rigurosos que permitan dar a su realidad un ascenso razonable y normal⁴⁹.

Aclarado lo predicho, corresponde examinar cada tipo de progenitura por separado.

3.1. *La maternidad*

Para el derecho, la filiación, en sus efectos, es uniforme para ambos progenitores; sin embargo, en la práctica se observa que la filiación materna es de un relieve capital. Aquí resulta oportuno recordar lo que en otros escenarios se ha dicho sobre que el derecho de familia es un posterior a la realidad, así la maternidad es fundamental para el desarrollo del hijo o al menos en los primeros años de

español, en concordancia con el artículo 44 *ejusdem*), caso en el cual la filiación quedara establecida con respecto a una pareja del mismo sexo. También, caso más excéntrico, de ocurrir la clonación de seres humanos, donde según algunos autores sólo habría un “progenitor”.

⁴⁹ Loreto, Luis: “Conquistas de la biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia”. En: **Ensayos jurídicos**. Ediciones Febreton-Esca. Caracas, 1970, p. 378.

vida la misma se fortalece y tiene un soporte en los hechos⁵⁰. Lo expresado no puede entenderse bajo ningún concepto como un menosprecio a la paternidad, la cual, día a día va ganando espacios dentro de la sociedad; de allí que se escuche en la comunidad que la paternidad es cada vez más responsable y así lo exige el ordenamiento jurídico⁵¹.

Ahora bien, por ser el lazo biológico que une al niño con la madre tan enérgico desde su concepción, se establecen mecanismos de tutela reforzada, como lo es el fuero maternal (artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)⁵², la promoción a la lactancia⁵³ y una preferencia en condiciones

⁵⁰ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 313, habla que la filiación materna detenta “prioridad respecto de la demostración de la paternidad”. En el mismo orden, Peñaranda Quintero: ob. cit. (**Derecho de familia**), p. 477, afirma: “La prueba de la maternidad es más sencilla que la de paternidad y además priva en importancia sobre esta última”.

⁵¹ En todo caso, como se verá, el derecho establece mecanismos más expeditos y afables para establecer la maternidad, de allí que Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 330, al glosar las normas del Código Civil referente al Registro del Estado Civil indique: “La razón de esta diferencia consiste en que las leyes siempre han dado más facilidades para hacer constar la maternidad que la paternidad”, producto obviamente de la naturaleza de las cosas.

⁵² También existe un foro paternal que genera significativos efectos (artículo 8 Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad y artículo 339 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). *Vid.* el fallo con carácter “vinculante” de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 609, del 10 de junio de 2010, exp. N° 09-0849. Igualmente léase la decisión de la Sala Constitucional, sentencia N° 259, del 21 de febrero de 2001, que negó acción de amparo intentada por un padre reclamante de fuero equiparable al maternal, argumentó el quejoso su procedencia según los artículos 75, 76, 88 y 93 de la Carta Magna. Esta última reproducida en Zuleta de Merchán, Carmen: **Visión de género en la doctrina de Sala Constitucional**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008, pp. 41 y ss.

⁵³ *Vid.* la Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.763 del 06 de septiembre de 2007, texto que en su artículo 2 señala: “las madres tienen derecho a amamantar a sus hijos”, agregando: “Los padres y demás integrantes de la familia deben alentar y brindar todo el apoyo necesario para que las madres puedan ejercer el derecho humano previsto en este artículo en beneficio de sus hijos”. Entre las medidas que toma el Estado para hacer efectivo este derecho se encuentra el descanso intrajornada para amamantar que

objetivas de igualdad para detentar la custodia de los hijos menores de siete años cuando los padres tengan vivienda separada o se encuentre divorciados o en trámite de divorcio, separación de cuerpo o nulidad del vínculo matrimonial⁵⁴.

Entonces, definir lo que se comprende por maternidad parece elemental, siendo que la maternidad es el vínculo jurídico y natural que une al hijo con la mujer de la cual ha nacido. No obstante, es más afanoso precisar cuándo inicia dicho nexo. Al respecto, parte de la doctrina ha sostenido que la maternidad surge con la concepción, y otro sector señala que es el nacimiento el elemento determinante. Es patente entender que la posición que se asuma dependerá en gran sentido de la tesis que sostenga el ordenamiento jurídico sobre el inicio de la personalidad. Así, para nuestro sistema, la personalidad se origina con el nacimiento vivo⁵⁵. Siendo lo anterior verdad, es en dicho momento cuando se puede establecer el nexo que ate a la madre con el hijo, además que dicho hecho facilita la precisión del vínculo según la máxima del artículo 197 del Código Civil.

A pesar de lo apuntado, la legislación no es uniforme en este asunto y en tal sentido establece relaciones jurídicas en “condición de madre”, para la mujer

se concede a las madres por un lapso determinado desde el nacimiento del hijo, ver artículo 345 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, así como los artículos 98 y ss. del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426, del 28 de abril de 2006, y más exactamente la Resolución conjunta del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Salud N° 471-1 y N° 271 respectivamente, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.528, del 22 de septiembre de 2006, mediante el cual se extiende el periodo de lactancia a 9 meses y un año, en este último caso según determinados supuestos.

⁵⁴ *Vid.* artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁵ *Vid.* Domínguez Guillén, María Candelaria: **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2007, pp. 46 y ss. Consúltase igualmente a Cabanellas, Guillermo y Alcalá-Zamora y Castillo, Luis: **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. T. IV. 14^a, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979, p. 504, donde indica que es el nacimiento el que “Familiarmente define, de manera automática, la condición de hijo y la recíproca de padre”. Distinta solución da el Código Civil argentino, que en su artículo 70 señala: “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

que se encuentre en cinta, como se desprende de la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando en su artículo 76 determina una defensa ampliada al indicar: “El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio...”⁵⁶, y concordado con el artículo 56 *ejusdem* que habla que la filiación debe fundarse, en principio, en un elemento biológico y este componente emerge con la concepción.

Así, de acuerdo con lo señalado, existen dos momentos capitales para precisar el inicio de la progeneración: la concepción o unión de los gametos que origina la vida intrauterina y el nacimiento que genera el comienzo de un ser independiente y la adquisición de la personalidad del neonato. Es en este orden que se expresa López Herrera, cuando alude a que tanto el nacimiento como la concepción son “los momentos de la filiación”, agregando que “se trata de dos hechos naturales diferentes, pero relacionados entre sí”, y afirmando: “...el momento de la concepción es precisamente el determinante de la filiación [...] el legislador se ha obligado a tomarlo fundamentalmente en cuenta para calificar o establecer el carácter de aquella”. Contrario a lo dicho por el autor citado, debemos expresar que en la actualidad la maternidad no tiene calificativos, es decir, no tiene relevancia práctica hablar de filiación materna matrimonial o extramatrimonial, que es lo que sugiere la cita anterior; por ello, poco interés posee el hecho de que la concepción ocurriera dentro del matrimonio a los efectos de establecer el vínculo materno; no ocurre lo mismo con la paternidad, como se precisara posteriormente. En definitiva, observa: “La prueba de la maternidad, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, suele ser bastante fácil, puesto que resulta del hecho del nacimiento del hijo,

⁵⁶ Al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 742 de fecha 05 de abril de 2006, Exp. N° 05-2458, ha señalado que la Constitución a través del artículo en referencia “lejos de extenderse a los intereses particulares de la mujer trabajadora, constituye una verdadera protección para el hijo menor, quien tiene derecho a vivir, a criarse y a desarrollarse dentro del seno de su familia de origen”. A mayor abundamiento consúltese fallo de la Sala Constitucional, sentencia N° 1742 de fecha 09 de agosto de 2007, en especial los votos disidentes. *Cfr*: Zuleta de Merchán: ob. cit. (**Visión de género en la doctrina de Sala Constitucional**), pp. 82-290 y ss.

como consecuencia del parto de la madre (artículo 197 del Código Civil), que es patente y notable: como sabemos”⁵⁷.

Así las cosas, se puede afirmar que el derecho obviamente pondera ambas circunstancias fácticas y le otorga determinados efectos, pero, con el fin de señalar un dato objetivo y palmario, se decanta por el nacimiento como testimonio revelador que da comienzo a la personalidad y a la filiación⁵⁸. Esta posición, si bien censurable en algunos aspectos, permite explicar el momento en que se origina la relación jurídica familiar de filiación que es desde el instante en que existen los sujetos de derecho necesario, es decir, el padre y el hijo o la madre y el hijo; únicamente en ese momento puede constituirse la relación filial. No obstante, lo cierto es que lo anterior admite matices y demanda que se flexibilice en casos donde el propio legislador para cumplir sus fines acude a la “ficción” de extensión de la personalidad contenida en el artículo 17 del Código Civil⁵⁹. Por la anterior asimilación se puede constituir durante el embarazo la filiación según se desprende del artículo 223 del Código Civil, que señala: “El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre”. Además de establecer otros derechos que, aunque demanda la personalidad, se pueden extender al feto para proteger dicha potencialidad de vida digna de tutela.

Por todo lo dicho, pareciera existir, incluso, una ramificación de posiciones ante la protección de la maternidad como circunstancia especial en que se encuentra la mujer y donde se considera existente el nexo aunque el hijo no haya nacido y tiende a establecer una protección amplia a la mujer en su especial estado. Por otra parte, cuando el hijo ha llegado a nacer se habla con propiedad de filiación

⁵⁷ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, pp. 300-301 y ss.

⁵⁸ Al respecto sostiene Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de derecho de familia**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008, p. 243, “La maternidad se concreta o se hace efectiva con el nacimiento con vida del hijo, aun cuando dicho proceso como es natural comience con la ‘concepción’ y se desarrolle durante meses con el embarazo o gestación”.

⁵⁹ *Vid.* Spósito Contreras, Emilio: “Las cláusulas *in dubio pro...* y la fórmula ‘el concebido se tendrá como nacido cuando se trate de su bien’”, en esta *Revista*, pp. 153 y ss.

y maternidad. Así, una parte de la doctrina, como Chávez Asencio, diferencia dos aspectos: “El primero se refiere a la mujer que ha concebido, es decir, el derecho que tiene toda embarazada a la asistencia social. El segundo se refiere a toda mujer que es madre, pues por el hecho de serlo debe tener derechos de asistencia social”⁶⁰.

Lo anterior obliga a afirmar que el ordenamiento jurídico puede separar la protección que surge para la mujer que se encuentra en la meritoria situación de la maternidad, así en una vertiente médica-social, que inicia con la concepción y que sigue el concepto médico biológico de la maternidad como: “el estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y (se adiciona) la lactancia”⁶¹, donde se instituyen garantías de corte social y asistencial para asegurar hasta el límite de lo racional el éxito del embarazo⁶². Por su parte, desde una perspectiva filial, pone énfasis en el nacimiento como hecho que

⁶⁰ Chávez Asencio, Manuel F.: “Derechos familiares fundamentales (comparación de los convenios internacionales, americanos y europeos)”. En: *Jurídica-Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N° 32. México D.F., 2002, p. 188. Cfr. Chávez Hernández, Efrén: “La protección constitucional de la familia; una aproximación a las Constituciones Latinoamericanas”. En: *Panorama internacional de derecho de familia (culturas y sistemas jurídicos comparados)*. T. I. UNAM. Rosa María Álvarez de Lara (coord.). México D.F., 2006, p. 129, quien parafraseando el anterior autor, apunta que dentro de los “derechos familiares de las personas”, se ubica el “Derecho de la madre a la protección legal y a la seguridad social, es decir, que toda mujer que ha concebido, por el hecho de ser madre, tiene derecho a la asistencia social y a la protección alimentaria para ella y sus hijos, independientemente de que sea madre soltera o madre dentro de matrimonio”.

⁶¹ Mendizábal Bermúdez Gabriela y Rosales Zarco, Héctor: “La maternidad en el derecho de familia y de la seguridad social”. En: **Panorama internacional de derecho de familia (culturas y sistemas jurídicos comparados)**. T. II. UNAM. Rosa María Álvarez de Lara (coord.). México D.F., 2006, p. 593.

⁶² *Verbigracia* la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que establece como principio la “protección a la maternidad” (artículo 331), en tal sentido se prohíbe cualquier práctica discriminatoria por razón de embarazo (artículo 332), así como actividades que puedan ser peligrosas para la vida de la mujer o la criatura (artículos 333 y 334).

da origen a la vida extrauterina y genera la relación madre-hijo como sujetos distintos y autónomos jurídicamente. En definitiva, es cristalino entender que la maternidad como estado productor de la filiación viene fijada biológicamente desde la concepción y jurídicamente se exterioriza a través del nacimiento que es cuando principia el vínculo; empero, lo expresado no involucra menospreciar momentos importantes para el derecho como la concepción y el desarrollo del fruto del embarazo, ya que estos últimos serían trascendentes para la protección del *conceptus* (artículo 17 del Código Civil), así como dichos hechos pueden tener relevancia a la hora de tomar posición ante las modernas técnicas de reproducción humana asistidas e igual relevancia obtendrían para la tutela de la madre desde el punto de vista de la seguridad social como se indico⁶³.

3.1.1. Determinación y prueba de la maternidad

Uno de los aforismos que se ha heredado del derecho romano es aquel que indica *mater semper certa est*, es decir, la madre siempre es cierta, el mismo es una deducción producto de relacionar el nacimiento con la maternidad, ya que “elementalmente” la mujer que da a luz a un niño debe ser la proveedora de la carga genética que sirve de fundamento a la concepción y vida de dicha criatura, y por tanto la madre. No obstante, el desarrollo de la ciencia médica, con sus modernas técnicas de reproducción asistida, en algunos casos puede desvirtuar la anterior afirmación en un plano estrictamente científico, mas, sin embargo, esa alteración no trasciende –en principio– al terreno jurídico, teniendo en este último plena validez la mencionada máxima latina⁶⁴. En todo caso, el Código Civil señala:

⁶³ *Vid.* artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que regula el derecho a un sistema de seguridad social que asegure “protección en contingencias de maternidad”. En el plano internacional existen diversos tratados que exhortan a una protección preferente de la mujer como madre, *verbigracia*: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 22 y 25), por sólo citar alguno.

⁶⁴ *Vid.* para el caso de “vientre en alquiler” el completo estudio de Domínguez Guillén, María Candelaria: “Gestación subrogada”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 183 y ss.

Artículo 197.- La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.

La disposición preinserta determina claramente que el hecho del nacimiento precisa la maternidad, presumiendo el legislador que el suceso que un niño salga del vientre de una mujer, es producto de una relación sexual, en la cual se produjo la concepción y, por ello, se generó la maternidad⁶⁵. Conforme López Herrera, quien observa: “El parto de la mujer es incuestionablemente el aspecto fundamental de la prueba de la maternidad, toda vez que del mismo se deduce forzosamente el vínculo de parentesco entre ella y el hijo al cual ha dado a luz”⁶⁶.

Ahora bien, la demostración del vínculo es esencial en materia de filiación, ya que si no se posee la prueba del mismo difícilmente se pueden ejercer los derechos que la institución lleva aparejada; de allí que se establezcan varios medios para evidenciar que se detenta determinado nexo entre personas concretas y que se promoció distintas acciones para precisarla en el mundo jurídico.

Lo expuesto puede parecer básico para el poco familiarizado con la práctica forense, pero la realidad proyecta numerables casos donde, por diversas causas, existen menores de edad e inclusive adultos que en pleno siglo XXI no tienen establecida su filiación legalmente con ninguno de los progenitores; concretamente se hace alusión al supuesto más generalizado donde un sujeto no se encuentra inscrito en el Registro del Estado Civil de nacimiento, lo cual trae administrado varias violaciones de sus derechos fundamentales, como sería el no poseer un nombre civil o filiación⁶⁷. Para corregir las deficiencias

⁶⁵ Se precisa al respecto que puede ocurrir que la concepción ocurra sin mediar la relación sexual entre los progenitores, ya sea porque se acudió a una técnica de reproducción asistida como la fertilización *in Vitro* u otro tipo, más dicha situación no afecta a la maternidad y para la paternidad el legislador anticipa una solución en el artículo 204 del Código Civil.

⁶⁶ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 313.

⁶⁷ Esta situación se ha denunciado en otras oportunidades *vid.* Varela Cáceres: art. cit. (“El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”, p. 266. Igualmente existen

aludidas, el ordenamiento ha establecido acciones precisas para que la inscripción en el Registro del Estado Civil sea coetánea al nacimiento y así evitar la violación de derechos cardinales como los anotados, pero aun así aspectos culturales, antes lo arcaico de nuestro sistema de registro, ahora lo improvisado de su última reforma, lo poco profesional de su personal, son hechos que obstaculizan la erradicación de personas sin registro, filiación y nombre, o en palabras más gráficas y radicales, individuos que existen físicamente pero no jurídicamente.

Ante el anterior panorama, nada alentador, el ordenamiento ha diseñado la forma como legalmente se precisa el vínculo filial entre el hijo y la madre, la cual según el espíritu de unidad en la filiación es indiferente si la madre se encuentra casada o no con el progenitor. Concretamente, se puede evidenciar, un sistema jerarquizado en cuanto a los instrumentos, mediante el cual se hace valer la filiación desde una perspectiva jurídica, siendo el medio más generalizado el acta de nacimiento inscrita en el Registro del Estado Civil⁶⁸. La prioridad aludida es un resultado lógico de la finalidad del acta de nacimiento, la cual no es otra que probar el hecho jurídico del parto y el comienzo de la vida independiente, siendo que este determina la maternidad; el medio que prueba aquel en la mayoría de los supuestos demostrará la filiación materna si el acta o partida indica en su contenido la “identificación de la madre”.

Luego, existen varios supuestos donde una persona puede estar inscrita en el Registro del Estado Civil, pero el acta respectiva adolece de la identificación de la madre, *verbigracia*: los niños expósitos, es decir, aquellos infantes que son abandonados y, ante la incertidumbre de la fecha del nacimiento e identidad de los progenitores, son inscritos con una edad probable y con nombres

otros casos que afectan el establecimiento correcto de la filiación como la sustitución o suposición de parto, al cual la legislación civil le dirige su atención (artículos 199 y 230 del Código Civil).

⁶⁸ Así Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 316, al referirse al Registro del Estado Civil indica: “El acta de nacimiento sirve para probar el hecho absoluto del nacimiento de una persona, su filiación, á lo menos en un gran número de casos, su edad...”, entre otros aspectos relevantes.

y apellidos figurados (artículo 91 de la Ley Orgánica de Registro Civil, en conexión con el artículo 239 del Código Civil). Otro caso se presentaba, según el artículo 468 del Código Civil hoy derogado por la Ley Orgánica de Registro Civil, al permitir que cuando la declaración la efectuaba una persona distinta a la progenitora y el declarante podía manifestar que le estaba prohibida la mención del nombre de la madre, en tal caso se establecía el asiento sin indicación de la filiación materna, hipótesis por demás poco asequible en la realidad⁶⁹.

Pues bien, conviene señalar que en este momento el Registro del Estado Civil se encuentra regulado por una Ley Orgánica; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la completa aplicación del nuevo modelo requiere de una serie de reglamentos, resoluciones e instructivos técnicos, además de voluntad política, lo cual ensombrece un poco el panorama. A todo evento, lo advertido tiene una

⁶⁹ Wills Rivera, Lourdes: “Protección de los derechos constitucionales de la familia”. En: *Revista de la Fundación Procuraduría*. N° 20. Caracas, 1998, p. 120, sostenía al respecto que la disposición en referencia “está en franca contradicción con el derecho constitucional del menor a conocer a sus padres, en razón de lo cual [...] puede incoarse acción de amparo constitucional” para su desaplicación. Sobre la existencia de una figura similar en el derecho francés denominada “parto anónimo”, *vid.* Kemelmajer de Carlucci, Aída: “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2003, en el caso Odièvre c/France”. En: *Revista de derecho de familia*. N° 26. Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004, pp. 77 y ss. En el derecho español léase los comentarios de Ballesteros de Los Ríos, María: “Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)”. En: *Revista Derecho Privado y Constitución*. N° 13. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 37 y ss. donde el Tribunal Supremo en su Sala Primera, estimó la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 47 primer párrafo de la Ley de Registro Civil y los artículos 167 y 182 del Reglamento, por ser contrarias a los artículos 14 y 39 numeral 2 de la Constitución Española, al permitir que la inscripción en el Registro de la maternidad se haga “depender de la voluntad de la madre”. En todo caso, las anteriores normas fueron reformadas, según la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (actualmente en *vacatio legis*).

finalidad concreta y es, más allá de la crítica, ilustrar al lector que la interpretación de las normas que configuran nuestro Registro Civil, referidas a la filiación, debe ajustarse a los objetivos que inspiran al sistema, ponderando indiscutiblemente las premisas que se derivan de la Carta Magna⁷⁰, obligando en muchos casos a olvidarnos de un examen simplemente individualizado de una determinada disposición, para dirigirnos en consecuencia a la atención del sistema en su conjunto y tratando de conciliar las inconsistencias que existen entre normas de diversa naturaleza, apelando al artículo 4 del Código Civil y su sana hermenéutica, a la *sindéresis*, y no estaría mal un poco de buen tino.

Aclarado lo anterior, se indica que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ha establecido determinadas normas relacionadas con la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil, todo con la finalidad de asegurar que al ocurrir el alumbramiento inmediatamente se elabore el acta que fije tal hecho y simultáneamente se precise al menos la filiación materna, cumpliendo de dicha forma con lo dispuesto en el artículo 56 de la Carta Magna. En lo que respecta a la maternidad, el artículo 17 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, determina lo siguiente:

Artículo 17.- Derecho a la identificación. Todos los niños y niñas tienen el derecho a ser identificados o identificadas, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y las recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre.

⁷⁰ Concretamente para entender la organización del Registro Civil creado con la Ley Orgánica, hay que ponderar los artículos 174, 292 y 293 N° 7, de la Constitución, amén de la Ley Orgánica del Poder Electoral. En lo relativo a los actos registrables, se deben observar los artículos 56, 75, 76, 77 y 78, entre otros del Texto supremo, así como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley sobre Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, asimismo la Ley Orgánica de Identificación y su Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Identificación, para la Identificación de los Indígenas, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.817, de fecha 13 de noviembre de 2003 y el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.093, de fecha 18 de enero de 2013, entre otros instrumentos.

Parágrafo Primero. Las instituciones, centros y servicios de salud, públicos y privados, deben llevar un registro de los casos de nacimientos que se produzcan en los mismos, por medio de fichas médicas individuales, en las cuales constará, además de los datos médicos pertinentes, la identificación del recién nacido o recién nacida mediante el registro de su impresión dactilar y plantar, y la impresión dactilar, nombre y la edad de la madre, así como la fecha y hora del nacimiento del niño, sin perjuicio de otros métodos de identificación.

Como se observa de la norma reproducida, se ratifica el contenido del artículo 197 del Código Civil, al calificar el nacimiento como el factor concluyente para la fijación de la maternidad y en atención a ello establece mecanismos para la correcta identificación, más allá de una simple declaración, con la toma de las impresiones de las huellas de la madre y del hijo, datos que se recogen en una ficha o certificado de nacimiento. Entonces, a los efectos de establecer la identidad del neonato y de la madre, se elabora un certificado médico de nacimiento; el mismo es expedido por el centro de salud donde ha ocurrido el alumbramiento y es un elemento probatorio que acompaña a la declaración, que en su orden, permite levantar el acta de nacimiento a inscribir en el Registro del Estado Civil⁷¹.

La Ley Orgánica de Registro Civil, tomando como modelo lo que al respecto establecía la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

⁷¹ La Ley Orgánica de Registro Civil, en su artículo 92, dispone lo siguiente: “El certificado médico de nacimiento, es el instrumento requerido para efectuar la declaración y promover la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos ocurridos en los establecimientos de salud público o privados. Las personas debidamente autorizadas para asistir los nacimientos, están obligadas a emitir este certificado”. En el supuesto de nacimientos extrahospitalarios el artículo 86 de la Ley Orgánica de Registro Civil establece que el registrador debe verificar que el nacimiento ocurrió en el territorio nacional y el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil en el artículo 25 exige declaración jurada de la persona que asistió el parto y, la constancia emitida por el Consejo Comunal que dé fe de la ocurrencia del nacimiento en la comunidad o de no ser posible lo anterior se requerirá declaración jurada de cuatro testigos, habitantes de la comunidad, que den fe de la ocurrencia del nacimiento en el territorio de la República.

(artículo 19 ahora derogado)⁷², incorporó con carácter general las “Unidades de Registro Civil” en las sedes de las instituciones de salud tanto públicas como privadas, donde se encontrará un registrador que tomará e inscribirá las declaraciones de los alumbramientos que ocurran en los referidos centros (artículo 32 de la Ley Orgánica de Registro Civil, en conexión con el artículo 9 del Reglamento). La creación de estas unidades responde al mandato del artículo 18 párrafo segundo de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que ordena al Estado el deber de “...garantizar procedimientos gratuitos, sencillos y rápidos para la inscripción oportuna de los niños, niñas y adolescentes en el Registro del Estado Civil”, y así cumplir con el derecho fundamental a la inscripción inmediata después del nacimiento, regulado igualmente en el artículo 56 de la Carta Magna, en conexión con el artículo 86 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

Ciertamente, de la lectura del artículo 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil, se aprecia que uno de los datos que el acta de nacimiento debe contener es: “[...] 8. Nombres, apellidos, Número Único de Identidad, nacionalidad, edad, profesión y residencia del padre y de la madre...” (en concordancia con el artículo 81 N° 6 *ejusdem*), además señala que en el cuerpo del acta debe omitirse la referencia al estado civil de los progenitores⁷³ y, en el caso que el declarante se encontrare indocumentado, para el interés de este estudio supóngase los progenitores, el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil en el artículo 37 fija el procedimiento a seguir en dicha hipótesis.

⁷² Esta última teniendo como referente la Ley de Protección Familiar de 1961, texto igualmente derogado.

⁷³ En realidad la norma, en este aspecto, carece de una técnica apropiada ya que habla de “progenitores biológicos”, cuando el calificativo es irrelevante lo importante es que sea el progenitor “legal”, es decir, el que así determine el ordenamiento jurídico. Igualmente habla de estado civil, pero como se desprende del artículo 3 de la Ley Orgánica, son variados los hechos y actos que afectan el estado civil de las personas, sin embargo se sobreentiende que se refiere a su acepción más restringida referida al matrimonio, aunque se prefiera denominar a este elemento del estado civil como “relación de pareja” y así incluir la condición que posee una persona tanto si esta solera, casada o en unión estable de hecho, viuda, divorciada o separada.

Ahora bien, aunado a la partida de nacimiento o a su falta, existen otros instrumentos que permiten fijar y probar el vínculo materno-filial, los cuales son calificados por la doctrina como subsidiarios; entonces se tiene como elementos demostrativos: las declaraciones y la posesión de estado de hijo; ello según se desprende del artículo 198 del Código Civil, que dispone:

En defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de filiación materna: 1.- La declaración que hiciera la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el Capítulo III de este título⁷⁴. 2.- La posesión de estado del hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo.

Las declaraciones que efectúa la propia progenitora se identifican propiamente como un reconocimiento y tienen relevancia a falta de acta de nacimiento que señale ese dato. Al respecto, el artículo 217 del Código, sistematiza las distintas formas en que puede constar la declaración de la madre sobre la existencia del vínculo, las cuales serían: el acta especial denominada “acta de reconocimiento” (artículo 95 de la Ley Orgánica de Registro Civil); igualmente puede constar en el acta de matrimonio de los progenitores (artículo 109, en conexión con el artículo 104 N° 3 de la Ley Orgánica de Registro Civil), así como el acta elaborada al momento de inscribir la manifestación de voluntad de los progenitores de mantener una unión estable de hecho (artículo 120 N° 3 de la Ley Orgánica de Registro Civil), en testamento o en cualquier acto público o auténtico donde conste la declaración indubitable del reconocimiento del nexo filial⁷⁵, en todo caso sobre estos instrumentos se volverá más adelante cuando se comente la paternidad, ello por tener mayor relevancia práctica para dicho vínculo.

El legislador igualmente reconoce que puede emerger el vínculo materno-filial a través de la posesión de estado, al respecto el artículo 214 del Código

⁷⁴ Vid. artículos 217 al 225, del Código Civil, referente al “reconocimiento voluntario”.

⁷⁵ El caso excepcional de reconocimiento en caso de muerte de los progenitores se encuentra regulado en el artículo 224 del Código Civil y se comentará *infra*.

Civil señala los elementos de la posesión: nombre, trato y fama. La posesión de estado es una situación fáctica que demanda una estimación de circunstancias que rodean la relación familiar, para llegar a la convicción que existe el vínculo de filiación alegado. Dichos elementos por sí solos no configuran el estado filial, sino instan el examen del juez que determine la conformación de la situación fáctica y en atención a ello señale probada la filiación⁷⁶. En otras palabras, la posesión de estado como institución jurídica se configura como un elemento probatorio de la filiación que deberá ser decretada conforme por el tribunal en caso de contención⁷⁷. Ramos es de la opinión que la posesión de estado demanda “control judicial”; concretamente señala: “es forzoso concluir que la posesión de estado requiere ser controlada mediante intervención judicial. No quiere decir esto que siempre se requerirá un proceso especialmente dirigido a ello”, agregando lo siguiente:

Esto lo deducimos de su propia estructura: la posesión de estado consiste en hechos, circunstancias que necesitan ellos mismos ser probados o acreditados. En otras palabras, la serie o reunión de hechos alegados, servirán de base para determinar la filiación, pero en sí mismo no podrán acceder al

⁷⁶ El autor Luis Ignacio Bastidas, parafraseado por Loreto: art. cit. (“La Acción y el proceso de filiación...”), p. 134, es del siguiente parecer: “la posesión de estado no debía bastar por sí sola para constituir tal título jurídico [de filiación], siéndolo únicamente la sentencia que se dictara con fundamento en la posesión de estado, considerada como medio de prueba de la filiación”.

⁷⁷ Como indica López Herrera: ob. cit., (**Derecho de familia**), t. II, p. 324, “...la posesión de estado no puede tener la misma categoría jurídica que la partida o acta de nacimiento, que es un documento público; o que el reconocimiento, que igualmente lo es. Tampoco es posible oponer *erga omnes* dicha posesión, precisamente por la misma razón: su radio, en ese sentido, es bastante más limitado que el de la partida de nacimiento o que el del reconocimiento, ya que únicamente es oponible a las personas de quien emana, que son la madre y el padre y a los causahabientes universales de ellos”. En fin, son las anteriores diferencias las que obligan a postular en la posesión de estado un elemento probatorio a ser acreditado necesariamente en juicio; sobre su valor el autor mencionado, enuncia “la posesión de estado siempre es de extraordinaria importancia y utilidad –cuando se la comprueba en juicio– a los efectos de obtener la evidencia instrumental de ese estado, que habrá de ser la sentencia favorable al poseedor que se dicte en tal procedimiento”, (idem, t. I, p. 86).

registro civil porque necesitan previamente constituirse en título inscribible y ello sólo será posible cuando sean declarados tales en una sentencia⁷⁸.

Por otro lado, los avances de la ciencia médica y la prueba de ADN, han restado importancia práctica a la posesión de estado, ya que el *test* clínico es mucho más confiable y ajustado a la realidad biológica protegida por la Constitución que un cúmulo de circunstancias fácticas que evidencian un comportamiento social conforme a un estado familiar⁷⁹. No obstante, cuando nos encontramos ante una disputa donde dos personas en condición de progenitor, que se proyectan como detentadores del mismo vínculo materno, *verbi-gracia* madre subrogada, la posesión de estado es un elemento capital a ponderar para llegar a una solución que, en todo caso, se adelanta, jamás será satisfactoria a todos los intereses en conflicto, pero al menos se espera que prive en la decisión los del hijo, cuando éste es menor de edad.

Corolario de lo expuesto, la filiación materna viene determinada por el hecho del nacimiento, acompañado de la precisión de la identidad de las personas que figuran como hijo y madre. Para tal fin, se elabora un certificado de nacimiento y, con este instrumento y la declaración respectiva, se confecciona el acta de nacimiento que como documento de identidad prueba, entre otras cosas, la filiación establecida.

En los casos donde el acta de nacimiento no indique la filiación –para simplificar las cosas–, se puede corroborar el vínculo a través de cualquier docu-

⁷⁸ Ramos: art. cit. (“Situación de hecho...”), pp. 376-378. Sanojo: ob. cit., (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 223, apunta: “La posesión de estado de hijo natural por sí sola no basta para comprobar la filiación; pero acompañada con otras circunstancias será á las veces un elemento probatorio muy decisivo”. Como se deduce de lo dicho, esas dificultades de apreciación son las que exhortan a que la posesión tenga un tratamiento judicial; lo cual reconoce implícitamente Sanojo en el Código Civil de 1873, al ver la posesión de estado como un elemento a ponderar para producir una sentencia de “declaración de filiación” de la maternidad.

⁷⁹ Para Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), p. 254, “las experticias científicas podrían resultar fundamentales para resolver la realidad biológica de la maternidad, no obstante el peso que le concede el legislador a posesión de estado”.

mento público que recoja la manifestación de voluntad de la madre donde reconozca la relación familiar, o el reconocimiento de los ascendientes sobrevivientes más próximos que concurran a la herencia en caso de fallecimiento de la madre, y en general por medio de un juicio donde se ejerza una pretensión de estado con la finalidad de clarificar la filiación materna. La sentencia que dilucide tal asunto es prueba del vínculo, ya sea que se llegue a esa conclusión por demostrarse la existencia de la posesión de estado o según el ADN de los sujetos vinculados que así lo confirme.

Recapitulando, para ejercer los derechos y exigir los deberes que trae implícito la filiación, se debe acreditar la existencia de la misma por medio de un instrumento probatorio adecuado; este puede ser, en primer grado, el acta de nacimiento inscrita en el Registro del Estado Civil⁸⁰. También es prueba de filiación el reconocimiento efectuado por la madre en documento público o auténtico; igualmente se podrá acreditar a través de la sentencia que declare en juicio de acción de estado de filiación, para lo cual puede recurrirse a la posesión de estado, al examen del ADN y a otros medios demostrativos, ya que existe libertad probatoria en este tema (artículos 199 y 200 del Código Civil).

3.2. *La paternidad*

Cuando visualizamos la filiación en relación con el progenitor varón, se denomina “paternidad”. Esta igualmente representa un vínculo jurídico que enlaza al hombre que, según la Ley, es considerado como el aportante de la carga genética del hijo.

⁸⁰ En caso de destrucción o pérdida del acta, se requerirá de la reconstrucción de la misma, la cual es competencia de la Oficina Nacional de Registro Civil (artículo 154 de la Ley Orgánica de Registro Civil), si el acta es objeto de una rectificación de fondo, la corrección se efectuará a través del juicio respectivo (artículo 149 *ejusdem*). En todo caso, se recuerda que por la naturaleza de nuestro sistema de Registro toda sentencia que modifique o altere algún elemento del estado civil, en este caso la identidad del padre o madre del acta de nacimiento, exige que se inserte en el Registro Civil o se coloque la respectiva nota marginal en la partida de nacimiento, lo que reitera la preferencia demostrativa de la filiación a través del acta de nacimiento (artículos 151 y 153 *Lex cit.*).

El padre, como figura jurídica, ha recibido un especial estudio por el derecho; esto debido a que desde los albores del derecho se le dedica una atención privilegiada, rondando alrededor de la antiquísima institución del *pater familiae*, sujeto *sui juris* que detentaba superiores derechos en relación con los demás miembros de la familia y en especial en proporción a la figura materna que se encontraba relegada a un plano estrictamente biológico, con exiguas repercusiones jurídicas. Obviamente, la anterior posición tenía que superarse en atención al principio de la igualdad, ya que es cristalino entender que tanto el padre como la madre detentan similares condiciones para proveer de la jefatura familiar, ejercer la patria potestad, poseer vocación hereditaria, y demás efectos que se originan de la filiación.

No obstante, lo cierto es que la naturaleza humana determina que, en el caso de la maternidad, sea más “sencillo” corroborar el ligamen entre el hijo y la persona que se atribuye como madre, es decir, el hijo, al emerger del vientre de la mujer, hecho denominado “nacimiento” permite fijar la filiación materna, como se indicó anteriormente. Por su parte, no existe en relación con el hombre un hecho relevante, externo y patente que permita evidenciar la paternidad⁸¹, siendo que está se origina con la concepción, es decir, con la unión de los gametos y siempre que dicho fruto nazca vivo, tal y como señala la exégesis de nuestro Código Civil.

Producto del misterio “romántico” que envuelve la concepción, corroborado por ser la relación sexual un encuentro privativo de la pareja, es impertinente pretender tener una prueba clara y manifiesta de tal suceso. Sin embargo, existen circunstancias y elementos que, en caso de necesidad, pueden coadyuvar a demostrar una paternidad debatida. Dichos hechos probatorios parten de ponderar el tipo de nexos que une a los padres, ya que la realidad arroja como resultado que, en los casos de matrimonios y de uniones estables de hecho, al

⁸¹ De allí que Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 201, inicie su estudio con la siguiente afirmación: “la paternidad se halla cubierta con un velo tan impenetrable, que sólo la presunción cabe en el particular”. Baqueiro Rojas, Edgard: **Diccionario HARLA. Derecho civil**. Vol. I, Editorial HARLA. D.F. México, 1995, p. 77, apunta que tanto para la paternidad como para la maternidad “Los derechos y obligaciones son los mismos y sólo se distinguen en la forma de probarla”.

ser figuras protegidas, públicas y estables –una más que otra–, evidenciar la paternidad es menos entrabado, disminuyendo así la posibilidad de establecer un nexo tergiversado de la realidad; en los otros supuestos, donde la relación sexual ha sido esporádica, oculta o irresponsable, se podrá investigar y probar la paternidad, pero habrá que recurrirse a medios más fatigosos. En definitiva, no puede pasarse por alto reiterar que, en términos generales, la posibilidad de descubrir el nexo filial y que ésta obtenga un soporte en el elemento biológico se encuentra claramente protegida por el Texto Fundamental (artículo 56), y de acuerdo con las circunstancias que rodean la situación concreta se establecen determinados medios probatorios, sin que en ningún caso se proscriba en palabras absolutas inquirir la filiación.

Lo expuesto permite justificar el tratamiento jurídico disímil entre la paternidad y la maternidad, a los únicos efectos de precisar el vínculo, así como en el caso del hombre la necesidad de diferenciar si la concepción o nacimiento ocurrió bajo el amparo de una institución familiar protegida (matrimonio o unión estable, artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) o si por el contrario surgió en otras condiciones de pareja, lo cual en definitiva se abundará en el epígrafe siguiente.

Lo que sí conviene aquí subrayar es que la paternidad, como rol social y jurídico, ha adquirido un nuevo rostro, es decir, el *status* de Padre no descansa en un aspecto exclusivo como proveedor de medios económicos, o sobre aquel a que hay que tener temor reverencial por ser una imagen de autoridad, como efectivamente ocurría en el antaño; todo lo contrario, el derecho en la actualidad ve la necesidad de que la figura paterna se involucre activamente en los intereses del hijo y exige que lo acompañe junto a la madre en el periodo de desarrollo que se vive en la infancia. Atrás quedó aquella imagen malsana que veía cuando el padre era amoroso y cándido como una figura débil y a lo sumo poco masculina. El nuevo paradigma refuerza los vínculos afectivos, ya que los cree positivos para el desarrollo de los niños o adolescentes y promociona que el progenitor participe prontamente en los escenarios relevantes, que, junto a la madre, garanticen el ambiente de armonía adecuado, óptimo para el efectivo cumplimiento de los derechos de los cuales son titulares los menores de edad.

Innegablemente reparará el ávido lector que no se ofrecen datos fidedignos para vigorizar los juicios anteriores y, aunque no se niega que nos movemos en terrenos altamente inestables, la transformación constante que vive la familia permite sostener las anteriores afirmaciones. Además, a nivel constitucional –y aquí sí se agregan argumentos más fehacientes–, las instituciones familiares han recibido un desarrollo expansivo que permite señalar que se refuerza la paternidad como figura con connotaciones jurídicas. La sola lectura del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ya representa un avance revelador sobre el nuevo modelo aludido, personificado por una paternidad “responsable”, es decir, con nombre y apellido, lo que obliga al legislador a predicar en su labor parlamentaria formas de facilitar el ejercicio de dicha paternidad⁸².

Concretamente la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, es un bastión que se dirige a promover la paternidad responsable como nuevo rostro de la familia; repárese en el artículo primero, que abre su texto con la siguiente declaración de principio:

La presente Ley tiene por objeto establecer los mecanismos de desarrollo de políticas para la protección integral a las familias, la maternidad y la paternidad así como promover prácticas responsables ante las mismas...

⁸² Así Mendizábal Bermúdez y Rosales Zarco: art. cit. (“La maternidad en el derecho de familia...”), p. 585, fundándose en el espíritu igualitario, entre el padre y la madre, señalan que el ordenamiento mexicano no se ha “...ocupado de establecer las ‘nuevas’ responsabilidades de los hombres dentro de la familia al perder la exclusividad como proveedores de recursos económicos y sobre todo lo más preocupante: la responsabilidad del trabajo doméstico, entendiéndolo a éste como el trabajo que incluye el cuidado y educación de los niños y la atención a otros miembros de la familia (ancianos y discapacitados), así como el aseo y administración del hogar”. Por ello se exige que dicha negligencia sea rápidamente superada. Por su parte, la Constitución de Colombia en su artículo 42, señala: “La ley reglamentará la progenitura responsable...”; igualmente la Constitución de Paraguay, habla de protección a la maternidad y paternidad responsable (artículos 55 y 61), en similar sentido el texto fundamental de Perú (artículo 60). *Vid. Compilación de constituciones políticas*: ob. cit., t. I, p. 435 y t. III, p. 1751.

Continúa el texto *in commento* (artículo 3), expresando como principio rector que el padre, la madre y demás miembros "...fundan su existencia en el amor, respeto, solidaridad, comprensión mutua, participación, cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y la responsabilidad compartida de las tareas que implican la vida familiar [...] el Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quien ejerza la responsabilidad de las familias"⁸³. Y, para que lo apuntado no sea mera declamación retórica, establece figuras novedosas como "Inamovilidad laboral del padre" y "Licencia de paternidad" (artículos 8 y 9 *ejusdem*)⁸⁴.

A través de los anteriores institutos, se pretende incentivar y proteger a la paternidad en la primera etapa de desarrollo del hijo por lo significativo que resulta para el establecimiento de la filiación⁸⁵, así como por la necesidad de generar lazos afectivos entre padre e hijo desde un inicio y con la intención de que perduren. Y aunque se tienen reparos en aspectos concretos de la regulación⁸⁶, queda claro la noble finalidad que llevan implícitas las normas en referencias, como,

⁸³ En concordancia con el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Véase el artículo 5 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad que expone: "El principio de igualdad de derechos y deberes entre las y los integrantes de las familias constituye la base del ejercicio del principio de la responsabilidad compartida y la solidaridad familiar, y su cumplimiento contará con el apoyo del Estado y sus órganos; y promoverán políticas, programas, proyectos y acciones dirigidas a apoyar dicho principio". Igualmente conviene indicar que la planificación familiar se regula como un mecanismo que estimula "...el ejercicio de una sexualidad sana y responsable" (artículo 19 de la misma Ley).

⁸⁴ Figuras que representan medidas de seguridad social asociadas al mandato contenido en el artículo 86 de la Carta Magna. Con una clara similitud a la inamovilidad y descanso postnatal materno (artículos 339 y 420 N° 2 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). *Vid.* sentencia N° 609, ya citada de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia.

⁸⁵ En diáfana concordancia con el artículo 24 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que promueve el establecimiento de la filiación legalmente para disfrutar de las prerrogativas originadas con ocasión de la paternidad.

⁸⁶ *Verbigracia*, en lo relacionado a los medios de prueba de la filiación paterna, y en el pago de la licencia a través del Sistema de Seguridad Social, temas que se precisaran en otra oportunidad.

por ejemplo, cuando ante el triste acontecimiento de fallecer la madre durante el período de permiso postnatal, la Ley señala que el padre del niño tendrá derecho a la licencia que hubiere correspondido a la madre.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, hace lo propio y al efecto regula, como se indicó, un ejercicio compartido de la patria potestad y de la responsabilidad de crianza, para que, a través de dichas facultades de protección, ambos progenitores, en igualdad de condiciones, pueda cumplir con “el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos”.

Igualmente pondérese los artículos referentes a la Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna, que exhortan a que el padre y los demás parientes coadyuven al cumplimiento por la madre de la función “ingénita” de dar el pecho a su hijo, deduciéndose de lo anotado una postura del legislador de incentivar que los padres se involucren en la formación de los hijos, con especial énfasis en los primeros años de vida de los retoños. Lo dicho hasta aquí es sólo para señalar algunas disposiciones legales emanadas después de 1999, que desarrollan el paradigma en referencia⁸⁷.

3.2.1. Determinación y prueba de la paternidad

Tanto la maternidad como la paternidad requieren ser demostradas para poder producir efectos jurídicos, con la particularidad que en este último caso, el sustento no se obtiene en el hecho del nacimiento y la identificación del nato y la madre que da a luz, sino en la concepción o nacimiento y otras circunstancias concomitantes. En palabras llanas, se valora como elemento significativo –aunque no exclusivo y excluyente– el momento cuando probablemente ocurrió la unión de gametos, sin que exista certeza sobre el instante exacto en que acaeció, pero al menos sí una presunción al respecto, así como también se estima la fecha segura en que ocurre el nacimiento. Además de la concepción

⁸⁷ *Vid.* artículo 98 del Reglamento de Ley Orgánica del Trabajo, que indica en materia de empleo, una preferencia en igualdad de condiciones por acreditar “responsabilidades familiares”.

y el nacimiento se aprecia la circunstancia relativa a si los padres están enlazados, ya sea por matrimonio o unión estable de hecho, aunque como se anunció esto no es indispensable, sino que simplemente facilita la determinación de la paternidad⁸⁸.

3.2.1.1. La presunción *pater is quem nuptiae demonstrant*

Para facilitar el establecimiento del vínculo filial, finalidad primordial de las reglas sobre filiación, se instituye una presunción legal⁸⁹ que parte de ponderar si al momento del nacimiento y por extensión concepción, existía matrimonio o unión estable de hecho entre los padres. Estas condiciones de pareja permiten que la filiación paterna se determine según una presunción contenida en el artículo 201 del Código Civil⁹⁰, y específicamente indica:

⁸⁸ Verdera Server: art. cit. “Adopción y principio de igualdad...”, pp. 311-316, citando a Roca, subraya al comentar el principio de igualdad y la equiparación entre la filiación: “En este tipo de relaciones (verticales), las diversas normas que las configuran prescinden de que exista o no matrimonio y el ordenamiento jurídico establece normas sobre filiación y parentesco con independencia del origen matrimonial o no de la relación”, por ello se concluye: “En materia de filiación rige el principio absoluto de igualdad y de protección del interés más débil”. No obstante lo dicho, el legislador a través de la Exposición de Motivos del Código Civil español reformado en 1981, ha entendido “...la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el segundo problema –el de sus efectos–, pero es importante para regular la primera cuestión –la determinación legal de aquella–”, y agrega: “...no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación”.

⁸⁹ Delgado Ocando, José Manuel: **Ficciones y Presunciones en el Código Civil Venezolano**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, p. 103, apunta: “la presunción es un medio técnico que subsume un hecho conocido en una categoría jurídica, mediante el establecimiento de un hecho desconocido, a fin de atribuirle a éste las consecuencias derivadas de la subsunción. La presunción constituye un medio probatorio cuya función radica no en la dispensa de la carga de la prueba sino en el desplazamiento del objeto de ésta”.

⁹⁰ La doctrina tradicional y mayoritaria tiende a establecer una diferenciación en relación con la determinación de la filiación según la existencia del vínculo de matrimonio

El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquel, o que en ese mismo período vivía separado de ella.

La disposición preinserta, configura el aforismo romano: *pater is quem nuptiae demonstrant*, es decir, padre es quien aparece casado con la madre⁹¹. La anterior fórmula tradicional posee un contenido estrictamente lógico y parte de comprender que en la normalidad de los casos cuando existe matrimonio —e igual situación ocurriría con las uniones estables de hecho al ser relaciones afectivas singulares— las partes de la relación se guardan fidelidad y, por tanto, si la mujer ha quedado embarazada lo sensato es pensar que es producto de una relación sexual con su cónyuge o unido estable de hecho o lo que antiguamente se denominaba “concubino”.

entre los padres, así se habla de filiación paterna “matrimonial” y “extra-matrimonial”. Sin embargo, se prefiere superar dicha distinción por resultar incorrecta en la actualidad donde la unión estable de hecho es equiparada en la mayoría de sus efectos al matrimonio y siendo que entre las dos figuras concurren los mismos elementos —cuando se visualizan desde la perspectiva de la filiación—, no se puede dispensar un trato desigual a los hijos por la circunstancia de existir en algunos casos matrimonio y en otros unión estable de hecho. Verdera Server: art. cit. (“Adopción y principio de igualdad...”), p. 317, sostiene que si bien en los distintos proyectos legislativos referidos a las uniones de hecho no existe propuesta de ampliación de la presunción aquí comentada a tales supuestos, podría establecerse tal proceder, aclarando: “Ello no habría de suponer una igualación entre todos los hijos no matrimoniales y los matrimoniales, sino simplemente entre los matrimoniales y aquellos no matrimoniales cuyos padres estuvieran unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Sería insensato tratar de conseguir una equiparación con los casos en que la cohabitación fecunda no se enmarca en el ámbito de una relación estable de pareja (sea o no matrimonial)”. *Vid.* Varela Cáceres, Edison Lucio: “Una lección. La unión estable de hecho (Comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 338 y ss.

⁹¹ Siguiendo los textos romanos, López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 341, indica que el principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*, se traduce en “padre es aquél a quien señala el matrimonio; o dicho en términos más claros: se tiene como padre del hijo de una mujer casada, al marido de ésta”.

En el caso habitual y propio de la máxima, cuando se aplica al matrimonio se evidencia que la misma es una deducción ajustada a la naturaleza de dicho nexo en Venezuela y reforzada por la realidad que demuestra que en la mayoría de los nacimientos ocurridos bajo el cobijo de un matrimonio el padre es el cónyuge de la madre; por tanto, el axioma se cumple a cabalidad sin obstáculos. No obstante, conviene reparar que el artículo 201 del Derecho común representa una presunción y de las catalogadas como *iuris tantum*, lo que implica que se admita la prueba en contra de la misma, si existiera disputa sobre la paternidad así determinada, lo cual se advierte de una vez deberá ser dilucidada por un juez⁹². López Herrera señala la base de la presunción en los siguientes términos:

La presunción de la paternidad matrimonial se admite como una necesidad, a los efectos de asegurar la paz familiar y social, pero tiene un fundamento muy claro y preciso: la ley impone a los cónyuges la obligación de cohabitar (artículo 137 del Código Civil) y sabemos que la cohabitación implica el mantenimiento de relaciones carnales; por otra parte, también obliga a los cónyuges a guardarse fidelidad (artículo 137 del Código Civil), lo que significa que uno y otra deben abstenerse de todo contacto sexual con quien no sea su cónyuge. El legislador presume que los esposos cumplirán ambas obligaciones, de donde forzosamente tiene que tener por padre al marido de ella. De manera pues que la presunción *pater is est* se fundamenta a su vez en la presunción de cumplimiento por los esposos de sus obligaciones legales de vivir juntos y de guardarse fidelidad⁹³.

⁹² *Vid.* nuestro artículo ya citado “La identidad biológica y la filiación...”, pp. 222 y ss. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008 y el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 34) parecen distorsionar esta regla con su particular procedimiento para establecer la filiación.

⁹³ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 342. Por su parte, Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 201, atestigua: “Tiene por fundamento este principio, el de que se reputa que todos cumplen sus deberes hasta prueba en contrario y que por consiguiente la mujer es fiel á su marido, en combinación con la conveniencia de evitar averiguaciones por demás oscuras y ocasionadas á graves errores y escándalos”.

Como se evidencia, la anterior presunción es notoriamente justificada en el caso del matrimonio, por existir normas expresas que no dan lugar a dudas o ambigüedades, por lo que corresponde ahora aclarar las razones de su ampliación al caso de las uniones estables de hecho.

Pues bien, todos los que examinen el artículo 77 del Texto Fundamental apreciarán que el constituyente equiparó en cuanto a los efectos que produce el matrimonio a las uniones estables, para aquellas consecuencias que sean comparables sin desfigurar cada institución que disfruta de su propia fisonomía. Sin embargo, no es ése el hecho revelador, el que *a priori* induce a pensar en el ensanchamiento de la presunción del artículo 201 del Código Civil a las uniones fácticas, ya que, como se ha asomado en diversas ocasiones, la reglamentación de la pareja se dirige a normar dicho vínculo y, en principio, ella no debe afectar otras relaciones familiares, sino cuando emergen razones de peso que lo justifique. Entonces, se ha citado la anterior disposición constitucional para traer a colación que las uniones distintas al matrimonio, pero que cumplan con ciertos requisitos, están protegidas por el derecho; además, el artículo 75 de la Carta Magna dirige su atención a la familia como asociación natural y de allí se deriva consecuencias significativas, como el de la igualdad en las relaciones familiares y su tratamiento, y más específicamente encontramos el principio de unidad de filiación, que también tiene soporte constitucional aunque en otras disposiciones ya comentadas.

Entonces, a nuestro modo de ver es el principio de unidad el que da un sustento constitucional y legal a la aplicación de la presunción en examen, ya que si no se pueden establecer diferenciaciones cuando tratamos la filiación ante situaciones sustancialmente objetivas y homogéneas –salvo razones de peso, que no se aprecian en el particular–, se deduce que la regla que permite fundar la paternidad del hijo con sólo atender a dos elementos: la determinación de la maternidad y que la mujer anterior esté casada, es claramente de extensible empleo a los casos donde un hombre viva en unión estable con una mujer que sea la madre de un determinado niño que ha nacido dentro del tiempo de vigencia de dicha unión⁹⁴.

⁹⁴ Loreto: art. cit. (“Conquistas de la biología...”), p. 390, siempre adelantado a su tiempo ya alcanzaba a advertir este razonamiento, y específicamente sostuvo: “Cuando

Sin embargo, algunos repararan que la situación de la unión fáctica de hecho no es idéntica a la de matrimonio, y en efecto no lo es para otros temas, pero para lo aquí debatido no origina diferenciación; es decir, si como ha expuesto la doctrina más autorizada, la presunción obtiene en el caso del matrimonio un soporte en la fidelidad y cohabitación de los cónyuges, en las uniones estables no tienen porque ser diferentes las anteriores circunstancias. En palabras más exactas, en la mayoría de los casos los unidos estables se guardan fidelidad y comparte un lecho común donde se desenvuelve su vida sexual sin impedimento alguno, en términos similares a un matrimonio⁹⁵. Por otra parte, si se señala en contra de la tesis aquí sostenida, que el matrimonio es idealmente duradero y por ello la procreación es un fin natural del nexo, se aclara que las uniones de parejas reguladas en el artículo 77 de la Constitución, son igualmente perdurables o al menos estables, componente temporal que permite palpar el tiempo necesario para que ocurra la concepción y el nacimiento de descendencia amparada por la protección del artículo 201 del Código Civil⁹⁶.

entre un hombre y una mujer existe una comunidad de vida doméstica no matrimonial, en forma de unión estable, notoria y permanente a tal punto de constituir una relación de hecho *more uxorio*, es posible y necesario estructurar para los hijos nacidos de esa unión un sistema de normas protectoras, en fuerza del cual se sancione una presunción legal simple de que los hijos nacidos durante tal unión son hijos naturales del hombre y la mujer que viven juntos. A semejanza de la sentencia clásica, podría también decirse aquí: *Pater est quem cohabitatio more uxorio demonstrat*".

⁹⁵ Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 389 de fecha 21 de Septiembre de 2000, Exp. N° 00-264, sostuvo: "Las uniones de hecho que estén en conformidad con los requisitos establecidos en la Ley tienen los mismos efectos que el matrimonio, es decir, la producción de la asociación natural que se consolida en una familia; de modo que tanto los hijos nacidos de las uniones de hecho como los nacidos en el matrimonio tienen los mismos derechos, tales como, conocer a sus padres, tener un nombre, tener apellido de la madre y del padre, a obtener pruebas que identifiquen su identidad biológica mediante la inscripción en el Registro Civil y tener derechos y obligaciones respecto a sus padres. Las cuestiones en materia de familia son de riguroso orden público y especialísima, por lo que no se pueden tratar sólo a la luz de los conceptos procesales por ser un hecho social fundamental que escapa de los mismos". Consultada en www.tsj.gov.ve.

⁹⁶ Se recuerda, que algunos textos legislativos y cierta jurisprudencia, han establecido como tiempo necesario para determinar la estabilidad en la unión de hecho el de dos años, aunque sobre dicho punto no existe uniformidad ni completa certeza.

En definitiva, lo que se quiere expresar, es que objetivamente en el matrimonio y en la unión estable se dan las condiciones justificantes para que se aplique la presunción uniformemente sin discriminación indebida.

No obstante, conviene agregar unos datos de imperioso análisis, y es que la presunción demanda de la prueba del matrimonio y con ella la fecha de su constitución. Este último aspecto tiene serios obstáculos en el supuesto de las uniones estables de hecho, ya que en dicha figura no se ha aclarado el tema del tiempo, es decir, si el mismo es forzoso para su reconocimiento y en tal caso cuál sería el mismo. El asunto de la prueba, al menos a texto expreso parece dilucidado⁹⁷, con la posibilidad de acceder al Registro Civil, no con efectos constitutivos, sino *ad probationem*.

Lo referido, sobre la manera de calificar la estabilidad de la unión, ya entra en el anecdotario de las ligerezas injustificables del asambleísta, que con actitud recalcitrante se niega a regular el asunto como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se lo ordena, pero tal posición del parlamento no puede arrojar a los operadores a un limbo jurídico; todo lo contrario, la jurisprudencia y la doctrina, fundadas en los principios informadores del instituto, se han encargado de colmar las deficiencias aludidas y proponer soluciones factibles dentro del ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo señalado, en el caso de las uniones estables de hecho, si bien cuando existe contención entre los unidos o entre ellos y terceras personas, la jurisprudencia había exigido una sentencia que declarara constituido el vínculo y determinara la fecha del mismo. En el caso de la determinación de la filiación y la aplicación de la presente presunción tal requisito es claramente desproporcionado, y será suficiente cualquier documento público o auténtico que declare la constitución del vínculo con la indicación de una fecha cierta que sea anterior al naci-

⁹⁷ *Vid.* la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 000326 de fecha 21 de julio de 2010, donde se siembra una estela de dudas, que son de fácil aclaración al examinar la vigente Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 117 y ss.). *Cfr.* Varela Cáceres: art. cit. (“Una lección. La unión estable de hecho...”), pp. 361 y ss.

miento y donde no conste la terminación del mismo, en un lapso de 300 días antes del nacimiento, en similar condición a lo que se aplica al vínculo matrimonial⁹⁸.

Algunos advertirán –y no sin razones– que la anterior elucubración es en todo caso estéril en atención al artículo 211 del Código Civil⁹⁹, que dispone lo siguiente:

Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción.

Pero, en favor de la posición propuesta en el texto, se destaca que lo que el principio de la unidad demanda en su atento cumplimiento es la aplicación de un mecanismo uniforme cuando no existen los argumentos para que se efectúen distinciones, y, la disposición anterior, si bien para el poco familiarizado implica llegar a idéntica solución que con la aplicación del artículo 201 del Código Civil, la verdad del asunto es que no lo es, ya que el artículo 211 del derecho común es una regla creada a título de excepción que no se encuentra

⁹⁸ Verderra Server: art. cit., “Adopción y principio de igualdad...”, p. 317, indica que de ocurrir la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho, al ponderar la dificultad de prueba de la cohabitación, es pertinente que “su tratamiento sea eminentemente judicial, dada la carencia de analogía en cuanto a la convivencia, fundamento de la presunción de paternidad”. Como se desprende del texto, no se está de acuerdo con tal afirmación y en parte porque a diferencia del ordenamiento español, aquí se cuenta con una norma constitucional que eleva a categoría superior –sin posibilidad de duda– a las uniones estables de hecho y que exhorta a una normativa que precise los mecanismos de prueba, requisitos y efectos.

⁹⁹ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, pp. 341-342, sostiene que la presunción del artículo 201 del Código, ha sido extendida por la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982, en cierta forma, al caso de hijos nacidos de padres que viven en concubinato, aunque agrega que su fundamento no es el mismo que en el matrimonio ya que los que viven en concubinato notorio “no tiene obligación legal alguna de vivir juntos ni de guardarse fidelidad”. Se preguntarán algunos suspicaces y por qué razón tales parejas cumplen con esos “no deberes”; algunos más acuciosos rebatirán que justamente no es una obligación legal, sino constitucional, qué sentido tendría la exigencia del artículo 77 de la Carta fundamental de singularidad y estabilidad si no estuvieran implícitas dichas prestaciones recíprocas. Pero ya se tendrá oportunidad de volver sobre estos derroteros.

debidamente complementada (por ejemplo, en lo tocante a la cobertura durante los 300 días siguientes a la separación de la relación de hecho) y que demanda a texto expreso la prueba de un “concubinato notorio”, siendo este calificativo de la notoriedad un dato que puede dificultar la constitución de la filiación, a diferencia de lo se ha defendido con la aplicación directa del artículo 201 *ejusdem*.

Otros preguntarán y qué finalidad tendrá la norma del artículo 211 en referencia, pues se agrega que cuando el concubinato estaba reducido a una presunción de comunidad patrimonial con puntuales efectos personales, la disposición anterior tendía a una protección parcializada y tímida, aunque para el año 1982 bastante aceptable; empero, la realidad emergida de las profundidades sociales a planos constitucionales en 1999 postula mucho más que dicha regulación focalizada y, por tanto, demanda igualdad entre situaciones materialmente iguales¹⁰⁰.

Ahora bien, aclarado lo anterior, se puede resumir que la presunción contenida en el artículo 201 del Código Civil, y las reglas colindantes que de ella se originen, son de aplicación análoga al establecimiento de la filiación paterna cuando existe matrimonio o unión estable de hecho, con los matices que obviamente se deban atender por las características de cada tipo de relación. Así para la configuración de la presunción y con ello la determinación de la paternidad se exige como requisito el matrimonio o unión estable de los padres entre sí, y elementalmente la prueba de dicho vínculo.

La doctrina ha señalado que la presunción requiere de dos requisitos: la demostración del vínculo (matrimonio o unión estable) dentro de determinado

¹⁰⁰ Por otra parte, como se destacó en otro momento refiriéndonos al queridato, el mismo, al no estar expresamente censurado, obtiene cierta recepción jurídica en dicha norma. La anterior opinión es compartida por Ramos: art. cit. (“Situación de hecho...”), p. 395, fundándose en que si bien el legislador utiliza el término de “concubinato notorio” en el artículo 211 del Código Civil, lo cierto es que dicha norma no se dirige a tutelar o guarecer la relación de amancebamiento, sino a proteger el interés del neonato y su derecho a la instauración de la filiación bio-legal. Contrario a lo indicado se pronuncia Grisolia González, Oly: “Las uniones de hecho frente a la familia”. En: **XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia**. Disco compacto N° I y II de la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*. San Juan, 2007, p. 38.

lapso y la maternidad. Sobre el primer elemento ya se ha expuesto su basamento. En relación con el requerimiento que conste la maternidad se agrega que la presunción parte de que la madre esté casada o unida para así ampliar dicho hecho al consorte o marido con carácter de presunción, por esto último se sostiene la prioridad de establecer el vínculo de la pareja, porque en los supuestos que ella esté casada o unida de hecho quedará sellada la determinación de la filiación paterna y materna en principio.

La presunción en comento tiene dos efectos vitales. Una de las derivaciones más importante de la presunción *pater is quem nuptiae demonstrant*, es el establecer un sistema de preferencia, es decir, su aplicación es imperativa, lo que se explica indicando que cuando se dan los elementos condicionantes la misma surte efecto inmediato, de manera forzosa sin poder desvirtuarse con manifestaciones de voluntad (como lo destaca el artículo 212 del Código Civil)¹⁰¹. Así, en cuanto a la determinación de la paternidad cuando la madre está casada o unida de hecho y otra persona distinta al cónyuge o marido pretende asumir tal relación filial, operará en dichos casos, como señala López Herrera, "...quién sea la persona a la cual se asigne en el acta de nacimiento la paternidad del nacido de una mujer casada, a los efectos legales sólo puede tenerse como tal, a la persona [que] señale la presunción antes aludida (hasta tanto dicha persona logre desvirtuar jurídicamente esa paternidad)"¹⁰², lo que en todo caso remite a un juicio donde se dilucide la paternidad debatida. Por tanto, las afirmaciones contrarias a la presunción legal son impertinentes para desvirtuarla, salvo lo que señale una sentencia en juicio de estado aclarando tal asunto; por ende, se afirma como otro efecto de la presunción el que la misma es relativa, es decir, puede ser contradicha en juicio por ser *juris tantum*.

¹⁰¹ Vid. Varela Cáceres: art. cit. ("La identidad biológica y la filiación..."), p. 243 y *passim*. Cfr. Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), p. 229, concretamente sostiene: "La presunción de paternidad tiene carácter imperativo, por lo que se impone al margen de los interesados y terceros, es decir, está sustraída del ámbito o principio de la autonomía de la voluntad, y precisa para quedar sin efecto de decisión judicial".

¹⁰² López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 321.

Sobre su ámbito temporal de aplicación, se indica que la misma ampara a todo nacimiento ocurrido bajo la existencia del vínculo y se extiende en caso de extinción del nexo familiar a los nacimientos ocurridos “trescientos (300) días siguientes a su disolución”. Siguiendo a López Herrera, se puede concluir: “La presunción funciona incluso a favor de los hijos nacidos de un matrimonio que luego es declarado nulo o anulado; respecto de los hijos nacidos de mujer casada pero que se encuentra legalmente separada de cuerpos de su marido; y en relación con los hijos habidos por una mujer casada mientras se encuentra en trámite el juicio de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos”¹⁰³. Obviamente reparará el lector, que en las últimas hipótesis citadas, puede ser posible que se establezca una filiación deformada, o contraria a la realidad, pero ello es preferible a no establecer ningún vínculo y con la intención de proteger al hijo se opta como política social por ampararlo con la presunción en dichos casos, aunque pueda el presunto padre posteriormente intentar la acción correspondiente según señala expresamente el artículo 203 del Código Civil.

Por último, la regla no es aplicable en aquellos casos donde concurra simultáneamente la misma presunción para distintos varones, lo cual puede ocurrir como excepción en la hipótesis de “conflicto de paternidad”, es decir, cuando la madre recién casada que no obstante ha extinguido un vínculo anterior no guarda los días que señala el artículo 57 Código Civil y el niño nace dentro de los 300 días del nexo anterior y estando ya casada con su nueva pareja, justamente el objetivo del impedimento contenido en el artículo mencionado es evitar estos conflictos¹⁰⁴. Otro caso de alteración a la regla general es cuando la madre es bigama, ya que al existir en la práctica dos vínculos matrimoniales la presunción es inaplicable. Igualmente destaca la doctrina el caso donde el marido de la madre sea “declarado ausente”, ya que en tal supuesto coexiste incertidumbre si para la fecha del alumbramiento concurre el vínculo que justifica la presunción.

¹⁰³ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 343.

¹⁰⁴ Al respecto expresa Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 202, “...correspondería al tribunal decidir si el hijo pertenece al primero o al segundo matrimonio, ocurriendo entonces dos presunciones á ninguna de las cuales da preferencia la ley”.

Entonces, se puede sostener que la paternidad tiene un soporte en el suceso de la concepción y que este hecho jurídico, al ser misterioso, obliga a que el ordenamiento fije su atención en un elemento objetivo y manifiesto como lo es el nacimiento; así, la presunción *pater is quem nuptiae demonstrant* es de aplicación para todos aquellos niños que lleguen al mundo dentro de la vigencia del matrimonio o unión estable de hecho de sus padres, y por ampliación que nazcan dentro de los 300 días siguientes a la fecha de extinción del vínculo marital. Como se observa, la presunción parte de considerar que todo niño nacido dentro de la existencia del nexo marital, ha sido concebido durante la vigencia del mismo y por los consortes, así también en atención al tiempo probable de duración mínima y máxima del embarazo se determina que un niño que nace dentro de los aludidos 300 días después de fenecido la unión marital fue igualmente procreado por la expareja.

Por otra parte, un sector de la doctrina considera que la concepción dentro del matrimonio es un requisito de procedencia para la aplicación de la presunción *pater is est*¹⁰⁵; sin embargo, se aclara que en el pasado cuando la presunción además de probar la filiación buscaba calificar la misma en legítima o matrimonial tal pedimento era justificable, pero en la actualidad no tiene relevancia práctica y por ello el legislador no lo exige; de allí, que se indique que para aquellos nacimientos que ocurran dentro del matrimonio pero en los primeros 180 días que siguen al mismo, se entiende en principio que dicho niño en aplicación del artículo 213 del Código Civil fue procreado antes del matrimonio, pero al nacer una vez éste celebrado se encuentra cubierto, en su favor, por la presunción de paternidad. Obviamente, tal presunción es relativa, y la persona que no esté conforme con las consecuencias que ella determina, puede intentar las acciones correspondientes, en el caso del padre el artículo 202 *ejusdem* regula tal supuesto, pero tal probanza queda expuesta a un trámite judicial mediante el cual se verifique la exclusión de la paternidad debatida¹⁰⁶.

¹⁰⁵ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 345.

¹⁰⁶ Vid. Varela Cáceres: art. cit. (“La identidad biológica y la filiación...”), p. 245 y *passim*.

3.2.1.2. Establecimiento de la filiación a través del reconocimiento de la paternidad

Cuando por el contrario no concurre entre los progenitores el vínculo familiar de matrimonio o unión estable de hecho, al no estar el niño amparado por las presunciones legales antes desarrolladas¹⁰⁷, se debe recurrir a otros mecanismos para determinar el nexo filial; siendo en tal sentido, el medio más adecuado el reconocimiento o manifestación de voluntad del varón a través del cual declara formalmente la paternidad sobre un niño que carezca de la determinación jurídica del lazo filial. Así también, se indica que esta modalidad opera bajo ciertos requisitos condicionantes que el legislador detalla en el artículo 209 del Código Civil y con mayor exactitud en los artículos 217 y siguiente del texto legal citado.

Artículo 209.- La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes, en los términos previstos en el artículo 230 (*sic*)¹⁰⁸.

La norma reproducida funge como una regla de excepción cuando no concurren los elementos precisos para aplicar la presunción de paternidad (*pater is est*) antes comentada, y en tal sentido se abren las compuertas a la voluntad, entendiéndose el legislador que el acto jurídico de admitir formalmente la existencia de un vínculo de filiación o paternidad, ocurre básicamente porque el varón declarante tiene constancia subjetiva de que la procreación ha sido originada con su aporte genético y por ello el nexo tiene cierto soporte en la realidad de los hechos, que son refrendado por la Ley.

En términos amplios, se concibe el reconocimiento como una manifestación libre y consciente de voluntad, generalmente efectuada por el padre o la

¹⁰⁷ En otras palabras, sea que se aplique la presunción contenida en el artículo 201 del Código Civil en los términos antes expuestos, o la señalada en el artículo 211 del mismo texto legal.

¹⁰⁸ En realidad debe entenderse la remisión al artículo 224 del Código Civil, que es el que regula el reconocimiento por ascendientes.

madre¹⁰⁹, la cual se dirige a exteriorizar la existencia de un vínculo de filiación, originando de tal forma una prueba de la misma. Parafraseando a López Herrera, se puede indicar: “consiste en una declaración espontánea de maternidad o de paternidad [...] hecha con las formalidades exigidas por la ley, de la cual resulta un vínculo de filiación entre la persona que la hace y la que señala como hijo”. Sus caracteres serían el ser “un acto jurídico declarativo de filiación, espontáneo, personalísimo, unilateral, puro y simple, irrevocable y solemne”¹¹⁰.

Sobre los anteriores caracteres, hay que señalar que los mismos pueden presentar matices o atenuaciones interesantes, así *verbigracia* cuando se afirma que es “espontáneo”, no se está cerrando la posibilidad a una actividad positiva del

¹⁰⁹ Aunque por vía de excepción se admite que la declaración la efectúen otros sujetos, como se comentara *infra* al hablar del artículo 224 del Código Civil.

¹¹⁰ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, pp. 399-401. Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 215, considera el reconocimiento como un “acto por el cual un hombre ó una mujer confiesa que es padre ó madre [...] de una persona determinada”, añadiendo que el mismo es “un acto esencialmente personal”. Por otra parte, se debe aclarar que un sector de la doctrina ha efectuado –y no sin razón– una clasificación entre reconocimiento voluntario y judicial, con cierto soporte en la legislación y en la tradición. Por nuestra parte, se piensa que dicha escisión no tiene sentido práctico si se pondera que el hecho revelador del reconocimiento es el ser una manifestación constitutiva del padre o la madre y cuando la misma es generada por una decisión judicial, lo que en realidad ocurre es un acto judicial denominado sentencia que actúa en nombre de la ley y se subroga en dicha voluntad, lo que a mi entender es en todo caso producto de una acción de estado y por ello a dicho epígrafe remitimos su tratamiento. Para completar esta digresión resulta concluyente citar a Loreto: art. cit. (“La Acción y el proceso de filiación...”), p. 142, que afirma que al no existir ninguna obligación de “reconocer”, lo que ocurre es que “La tutela jurídica otorgada por el legislador al hijo se consigue acabadamente por medio técnico de dotarle del poderoso instrumento de la acción judicial, sin que sea menester ocurrir a crear una obligación o deber material del pretendido padre de reconocer en juicio al demandante. Es el tribunal que, con vista de las pruebas evacuadas en el proceso, hace la declaración correspondiente a la existencia o inexistencia de la relación de paternidad”. Igual situación ocurriría con la bifurcación doctrinaria entre reconocimiento voluntario expreso y tácito, entendiendo este último el fundado en la posesión de estado, así como se indicó al exigir la posesión un trámite judicial donde se evidencie las circunstancias fácticas constitutivas del nexo filial, por ser un medio de prueba secundario, ocurre una desnaturalización del supuesto reconocimiento que a lo sumo demanda su estudio dentro de las referidas acciones de estado.

Estado para estimular y promocionar el reconocimiento, como claramente lo recalca la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹¹¹, sino que induce a pensar que el mismo debe ser efectuado sin vicio en la voluntad, ya que de existir dicha falla se podría intentar la acción correspondiente para hacer enervar de efectos la declaración así viciada.

En lo referente a que el reconocimiento es personalísimo, únicamente se alcanza a apuntar que debido a la naturaleza de la manifestación que está dirigida a afirmar que un sujeto fue concebido por el reconociente, sólo a él puede constarle tal suceso y en grado relativo. Lo dicho origina que sea claramente desproporcionado admitir a personas distintas el efectuar tal aseveración; sin embargo, la Ley consiente como excepción que los ascendientes herederos realicen el reconocimiento cuando ha fallecido el padre o la madre, según se desprende de los artículos 198 N° 1 y 209 del Código Civil, en conexión con el artículo 224 *ejusdem*, indicando esta última disposición:

En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurren en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos.

¹¹¹ Concretamente el artículo 24 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se refiere a la necesidad de probar el vínculo antes de disfrutar beneficios laborales por existencia de hijos, en conexión con el artículo 202 literal i, que alude a las facultades de las “Defensorías de Niños” en el incentivo del reconocimiento de la filiación. Además se debe tener presente otras facultades relacionadas con la identidad que detentan los integrantes del “Sistema de Protección del Niño”, *vid.* Varela Cáceres: ob. cit. (**La modificación del nombre propio...**), pp. 132 y ss. Rememórese igualmente la derogada Ley sobre Protección Familiar, artículo 2, donde se conminaba a los directores de establecimientos de salud donde ocurría el nacimiento a exhortar a los padres “a efectuar la correspondiente declaración de paternidad o maternidad”. Por su parte, la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad en sus artículos 21 y ss. establece un trámite administrativo que se puede convertir en judicial, donde entre sus premisas esta el logra el reconocimiento de la paternidad. *Vid.* Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), pp. 331 y ss.

La razón de la disposición copiada, es evitar, en defecto de reconocimiento por el padre o la madre, el que se intente una acción de filiación, dado que por sus características implica contención entre la familia, y si los ascendientes les consta por algún motivo la existencia del vínculo, lo más natural es que el legislador le conceda la facultad de evitar males mayores. López Herrera ve para la concreción de la facultad excepcional contenida en el artículo 224 del Código Civil la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos:

i) Dicha madre o dicho padre tiene que haber fallecido, sin haber reconocido al hijo. ii) Los ascendientes de la madre o del padre fallecido, que pueden reconocer al hijo en cuestión, son únicamente aquéllos que para la fecha de la muerte de la madre o del padre, sean de grado más cercano en parentesco respecto de la difunta o del difunto; [...] iii) Los ascendientes en cuestión, tienen que ser al mismo tiempo, herederos de la madre o del padre fallecido¹¹². Y iv) De haber más de un ascendiente que reúna las tres condiciones anteriores, la decisión de reconocer al hijo del *de cuius*, tiene que tomarse de común acuerdo entre todos ellos¹¹³.

En otro orden, es preciso revelar que aunque el acto de reconocimiento es unilateral, en el contexto que reclama solamente la manifestación del padre o de la madre, en algunos casos el mismo no llega a cumplir su finalidad de establecer la filiación si el hijo no manifiesta su voluntad de aceptar el reconocimiento del vínculo¹¹⁴, véase el artículo 220 del Código Civil, que regula tal supuesto:

¹¹² Este requisito es fundamental si se pondera que de tratarse de una sucesión *ab intestato*, de ocurrir el reconocimiento los ascendientes herederos dejarían de serlo al ser excluidos en la herencia por el hijo (artículo 822 del Código Civil); así también, permite pensar que si en una sucesión sin testamento el *de cuius* tiene una descendencia legalmente establecida con vocación hereditaria, los ascendientes no podrían ser herederos y por tanto tampoco podrán efectuar el reconocimiento.

¹¹³ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 421.

¹¹⁴ En tal circunstancia señala López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 426, los efectos del reconocimiento “quedan en suspenso hasta que se produzca el consentimiento o la aceptación del hijo”; y sobre los argumentos expuesto por los redactores del Código, cita: “Nada más lógico y justo, desde luego que unos padres que no han

Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado¹¹⁵.

Aclarado lo anterior, conviene señalar la forma o “solemnidad” que debe acompañar cualquier manifestación de voluntad que pretenda fungir como acto de reconocimiento de filiación. Así, a los fines de resumir la cuestión, es suficiente con adelantar que todo reconocimiento exige que se encuentre plasmado en un instrumento de los calificados como “público o auténtico”, ya sea que el documento se dirija exclusivamente a dejar constancia del reconocimiento efectuado o lo señale cristalinamente de forma incidental¹¹⁶. Al respecto el Código Civil apunta lo que sigue:

Artículo 217.- El reconocimiento del hijo por sus padres, para que tenga efectos legales, debe constar: 1. En la partida de nacimiento o en acta especial inscrita posteriormente en los libros del Registro Civil de Nacimientos. 2. En la partida de matrimonio de los padres. 3. En testamento o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo.

Artículo 218.- El reconocimiento puede también resultar de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre

cumplido con el deber de reconocer un hijo en su menor edad, es presumible que al hacerlo siendo éste mayor, puede ser llevados a verificar el acto del reconocimiento por intereses bastardos, que perjudican en lugar de beneficiar al hijo”.

¹¹⁵ En caso del reconocimiento de un hijo ya fallecido el artículo 219 del Código Civil determina los efectos de tal acto. El fundamento en este caso, según López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 428, viene justificada al pretender “evitar los abusos y eventuales litigios que derivarían del hecho de que por puro interés económico, aparecieran progenitores naturales póstumos de la persona fallecida, a pesar de que ellos se habían desentendido de su deber de alimentar, asistir y educar al hijo, cuando éste los necesitaba”.

¹¹⁶ Al respecto, el artículo 1357 del Código Civil, define a dicha prueba escrita de la siguiente forma: “Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado”. Ojéese el artículo 1359 del Código donde se destaca el efecto *erga omnes* que produce.

que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco.

Como se deduce de la sola lectura de la primera disposición reproducida, el legislador considera que la forma idónea de reconocer a un hijo es en el acta de nacimiento al momento de levantarse la misma, donde el padre se apersona por sí o a través de apoderado especial, a efectuar la declaración indicando su paternidad¹¹⁷. Aunado a tal forma, puede ocurrir que el reconocimiento no sea simultáneo a la inscripción del acta de nacimiento en el Registro del Estado Civil y deba recogerse el mismo por el funcionario del Registro en un acta específica elaborada para dejar constancia de la manifestación de voluntad destinada a fijar la paternidad. Los artículos 95 y 97 de la Ley Orgánica de Registro Civil, regulan la inscripción de las declaraciones de reconocimiento ante el registrador, así como el contenido del acta¹¹⁸.

A la par de los anteriores medios, puede acontecer que la declaración se verifique a través de actos dirigidos a producir originariamente otra finalidad, pero donde se ha efectuado clara e inequívocamente el reconocimiento de la filiación, tal es el caso de la revelación plasmada con la celebración de matrimonio (artículos 104 N° 3 y 109 de la Ley Orgánica de Registro Civil), inscripción de unión estable (artículo 120 N° 3 *ejusdem*), siempre que conste en el acta respectiva o con la elaboración de testamento. Por último, fuera de los supuestos señalados puede efectuarse el reconocimiento a través de cualquier documento catalogado como público o auténtico, de forma exclusiva o complementaria, con la condición que el testimonio de la voluntad sea patente y no deja lugar a dudas sobre la manifestación libre de establecer el vínculo filial (artículo 96 *Lex cit.*)¹¹⁹. En fin, como expresa López Herrera, en el fondo

¹¹⁷ Por otra parte, se recuerda que si el reconocimiento recae sobre el concebido pero no nacido debe ser efectuado por ambos progenitores tal y como lo indica literalmente el artículo 223 *ejusdem*.

¹¹⁸ *Vid.* artículos 55 y ss. del Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil.

¹¹⁹ Sanojo: *ob. cit.*, (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 220, comenta: “La ley no exige que la escritura pública en que se hace el reconocimiento lo tenga por objeto especial y principal, y así de cualquier manera que aparezca en un instrumento semejante, que un

el reconocimiento “sea cual fuere la forma que al efecto se emplee, puede decirse que lo esencial en todo caso, es que conste la identificación completa y precisa del reconociente y del reconocido y la declaratoria de aquél relativa a dar a éste el título de su filiación”¹²⁰.

Al ser el reconocimiento un acto jurídico formal, donde se manifiesta una voluntad libre y consciente, la Ley entiende que si bien el menor de 18 años posee limitaciones en su capacidad de ejercicio en materia contractual, en los asuntos de carácter personalísimos, tal regla no tiene fundamento y por ello determina un criterio especial donde se disciplina una edad distinta para hacer el reconocimiento, específicamente el artículo 90 de la Ley Orgánica de Registro Civil, indica:

Las niñas o las adolescentes podrán declarar el nacimiento de su hijo o hija recién nacido ante la respectiva Oficina o Unidad de Registro Civil, sin que medie autorización de sus progenitores, representantes o responsables.

Los adolescentes varones, mayores de catorce años de edad, podrán declarar el nacimiento de su hijo o hija, sin autorización judicial previa; en los casos de niños o adolescentes menores de catorce años, se requerirá autorización previa del padre y la madre, del Consejo de Protección del Niño, Niña y Adolescente o del Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente¹²¹.

individuo se declara padre de otro, aunque sea de manera incidental, como tal deberá considerársele”; por ejemplo señala el autor las capitulaciones matrimoniales o el poder para efectuar el reconocimiento, aunque en ambos casos no se celebre el matrimonio o no se cumpla con el mandato respectivamente, el acto por sí al estar en documento público o auténtico ya es un reconocimiento.

¹²⁰ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 417.

¹²¹ La presente disposición modificó lo establecido por la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, concretamente el aparte *in fine* del artículo 22, señalaba: “...Los adolescentes de dieciséis años de edad o más tienen plena capacidad para reconocer a sus hijos e hijas. También podrán hacerlo antes de cumplir dicha edad con autorización de su representante legal o, en su defecto, con la del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Cuando el señalado padre tenga menos de dieciséis años de edad, deberá intervenir en el presente procedimiento a través de su representante legal”. Esta última norma, igualmente había alterado puntual-

Obviamente el legislador se ha guiado por las reglas que en materia de derechos personalísimos exigen una atenuación de la capacidad de ejercicio, *verbigracia*: matrimonio, unión estable de hecho, testamento, laboral, entre otras¹²². En tales escenarios la ley presumen la capacidad física y mental para entender las consecuencias del acto. En todo caso, excepcionalmente de no mediar la edad inicial indicada se podrá hacer el reconocimiento previa autorización.

Por último, se revela que de no operar las presunciones de paternidad (artículos 201 o 211 del Código Civil) y no constar reconocimiento efectuado por el padre según los extremos antes desarrollados en detalle, deberá acudirse a un trámite judicial, que a través de una pretensión de filiación determine la existencia del nexo familiar (artículo 210 del Código Civil). Así también, se recuerda que ya sea que el reconocimiento se efectúe por medio de las distintas modalidades indicadas o la filiación resulte de una sentencia, deberá efectuarse la inscripción respectiva en el Registro Civil y colocarse la nota marginal en el acta de nacimiento, a los fines de facilitar la prueba de la filiación¹²³.

En síntesis, el sistema de prueba de la paternidad es similar al de la madre, aunque con variantes; así, en el caso del padre no se parte de la constatación del nacimiento –gracias al certificado de nacimiento en la actualidad–, sino se inicia con una presunción que fija la paternidad en el acta de nacimiento inscrita en el Registro del Estado Civil, o a su falta procede el reconocimiento y por último, si no ha mediado las formas anteriores o existen distorsiones en su aplicación, será una sentencia la que declare constituido o modificado el vínculo filial (artículo 226 *ejusdem*).

mente el artículo 222 del Código Civil. *Cfr.* Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), p. 238, quien observa que el mencionado artículo 22 “constituye una impropiedad”, al referir que para los menores de 16 años deberá intervenir a través de su representante legal, siendo lo correcto asistido por representante.

¹²² *Vid.* para el matrimonio artículo 46 del Código Civil, en concordancia con el artículo 62 N° 2 *ejusdem*. Para unión estable de hecho el artículo 121 de la Ley Orgánica de Registro Civil. En caso del testamento artículo 837 N° 1 del Código Civil y sobre la capacidad laboral el artículo 100 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹²³ *Vid.* artículo 98 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

4. Acciones de filiación

Como se habrá advertido, la filiación es ante todo una circunstancia biológica que ésta llama a trascender al terreno jurídico, pero por su particularidad puede acaecer que la misma se mantenga oculta, solapada, o simplemente distorsionada por no corresponder con la realidad de los hechos; en dichos supuestos el ordenamiento ha diseñado la forma como se determina o se restablece el nexo filial de tal manera que toda persona pueda disfrutar de una relación correctamente precisada.

Las acciones *in commento* representan el ejercicio de una pretensión que a través de un procedimiento judicial determina la filiación o su negación, según la misma tenga soporte en la realidad y en el derecho. Lo anterior implica recalcar que independientemente de la denominación que la doctrina le endilgue a tal activación del aparato judicial, su finalidad y fundamento gira alrededor de probar la existencia o no de un nexo filial.

Sobre dichas acciones corresponde indicar que las mismas deben interpretarse siempre a favor del hijo, es decir, lo que el derecho persigue es garantizar la posibilidad que el hijo en cuestión pueda establecer o mantener el vínculo y disfrutar de los derechos implícitos que la relación trae aparejada; así también, involucra la noción de interpretar restringidamente los casos en donde se quiere desconocer una relación familiar ya constituida, de forma que no se exponga al desamparo al hijo, siempre respetando –valga subrayarlo hasta el cansancio– el debido proceso y en especial el derecho a la defensa.

Otro elemento, a considerar, es que en la actualidad la ciencia médica ha evolucionado de tal forma, que la misma ofrece al derecho mecanismos que permiten evidenciar perfectamente la conexión entre procreador y generado, lo que obliga a replantear jurídicamente el tratamiento de las acciones de estado de filiación, no recurriendo tanto en el debate judicial a las presunciones, conjeturas e indicios y centrándose fundamentalmente en la prueba de ADN, la cual goza hoy de alto grado de certeza¹²⁴. Lo anterior, a grandes rasgos, permitiría simplificar el asunto y cumplir el mandato contenido en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.1. Concepto y caracteres de las acciones de filiación

Parafraseando a López Herrera, las acciones de estado filial, serían “aquellas que tienen por objeto hacer declarar o modificar o alterar o destruir un estado familiar [de filiación]”, lo que en otras palabras involucraría “los medios legales de que pueden valerse los interesados para sostener, defender, proteger, modificar, alterar o destruir los estados de familia”¹²⁵. Ahora bien, esta acción contempla varias particularidades de forma y de fondo que conviene destacar de inmediato, como son los aspectos referidos a la competencia, la intervención del Ministerio Público, la publicidad, los principios informadores y vinculantes, y la relevancia de la posesión de estado.

Sobre la competencia del órgano jurisdiccional, se debe indicar que para determinar la misma se requiere diferenciar la franja etaria donde se ubique al hijo¹²⁶, así pues, si el mismo es mayor de edad serán competentes los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil según enuncia el artículo 231 del Código sustantivo, que al efecto señala:

Artículo 231.- Las acciones relativas a la filiación se intentarán ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil que conozca de los asuntos relativos a los derechos de familia en el domicilio del hijo, cualquiera que sea la edad de éste, con intervención del Ministerio Público, y se sustanciarán

¹²⁴ La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 157 de fecha 01 de junio de 2000, Exp. N° 99-278, ha señalado: “Es importante resaltar que cuando se intenta una acción de inquisición de paternidad o una acción de desconocimiento de paternidad, los jueces encargados de tomar la decisión deben ser sumamente diligentes y prudentes, tratando, por todos los medios legales de escudriñar la verdad debiendo apartarse de los meros formalismos que pueden hacer nugatoria la prueba heredo-biológica, de tanta trascendencia, en estos juicios...”. Consultada en www.tsj.gov.ve.

¹²⁵ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. I, p. 90. Para Grisolia González: ob. cit. (**Derecho de familia y sucesiones**), t. I, p. 404, “La acción de filiación se define como el derecho que la ley concede a los que estén directamente interesados en la filiación controvertida, con la finalidad de poner en marcha un procedimiento judicial y obtener una resolución, mediante la cual se establezca la existencia o inexistencia de una determinada relación paterno filial”.

¹²⁶ *Cfr.* Grisolia González: ob. cit. (**Derecho de familia y sucesiones**), t. I, pp. 407 y ss.

conforme al procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, salvo las reglas particulares de este Título y las especiales que establezcan otras leyes¹²⁷.

Si por el contrario el hijo es un niño o adolescente, serán competentes los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, según la residencia habitual del menor de edad y atendiendo a las normas del “procedimiento ordinario” regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por ser un “asunto de familia de naturaleza contenciosa”¹²⁸. Cabe preguntar si en este último caso, de ser el hijo niño o adolescente, se deberá agotar la etapa de mediación contemplada dentro de la audiencia preliminar del procedimiento ordinario (artículo 468 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes); la respuesta, si se quiere, es zigzagueante dependiendo de si el tipo de pretensión admite el reconocimiento¹²⁹; pues bien, en la denominada solicitud de “reclamación de paternidad o maternidad”, claramente se debería efectuar la mediación, ya que con la misma se podría conseguir una solución igualmente satisfactoria a la que arrojaría el debate probatorio, es decir, un reconocimiento. Por el contrario, en los otros supuestos (pretensiones de desconocimiento o conflicto de paternidad o maternidad) al no admitirse el reconocimiento por no reparar nada, y al ser una materia de orden público y por ello indisponible¹³⁰, la mediación a través de la cual las partes a exhorto del juez llegan a un acuerdo concertado está vedada, por lo que deberá declararse improcedente y continuarse con la fase de sustanciación¹³¹.

¹²⁷ La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, en su artículo 30 atribuye la competencia para conocer del recurso de casación en materia de familia a la Sala Casación Social.

¹²⁸ *Vid.* artículos 177 parágrafo primero literal a) y 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; el procedimiento se encuentra regulado en los artículos 450 y ss. *ejusdem*.

¹²⁹ Así el Código Civil señala: “Artículo 232.- El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en que el reconocimiento sea admisible, de conformidad con el presente Código”.

¹³⁰ López Herrera: *ob. cit.* (**Derecho de familia**), t. I, p. 101, al comentar las características de las acciones de estado expresa: “dado su naturaleza eminentemente moral y el interés del orden público en su ejercicio, las acciones de estados son indisponibles”.

En relación con la intervención del Ministerio Público, se aclara que su participación es un presupuesto que el legislador ha determinado como condición esencial, ya que este Órgano sirve de garante de la legalidad y coadyuva a prevenir los fraudes a la ley. Así, dependiendo del proceso, las facultades del Ministerio Fiscal se acentúan. En caso de que el trámite se desarrolle según el Código de Procedimiento Civil, el mencionado texto dispone que el Ministerio participa en los juicios de filiación como parte de buena fe “en resguardo de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres”¹³², a tal efecto se le deberá notificar y podrá promover pruebas documentales, así como participar en la evacuación de las promovidas por las partes (artículos 132 y 133 del Código de Procedimiento Civil). En este orden, en el supuesto donde es parte un menor de edad la actuación de fiscal especializado en protección, deberá encaminarse a “Defender el interés” del niño o adolescente¹³³, en similares ideas a las expuestas para adultos¹³⁴, pudiendo además ejercer la acción correspondiente de filiación en representación de hijo¹³⁵.

¹³¹ La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, indica en su artículo 471: “No procede la fase de mediación en la audiencia preliminar en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la Ley, tales como la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida. En estos casos el juez o jueza debe ordenar realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar en el auto de admisión”. Consúltese para mayor abundamiento a Marcano Navarro, Yasmín: “La audiencia preliminar en el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”. En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. 2 N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2008, pp. 85 y ss.

¹³² *Vid.* artículos 129 y 131 numeral 3, del Código de Procedimiento Civil; así como artículo 43 numeral 1, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

¹³³ *Vid.* artículo 231 del Código Civil, en concordancia con el artículo 170 literal c) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, asimismo de la Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 43 numerales 4 y 20.

¹³⁴ *Vid.* los artículos 171 y 172, en concordancia con el artículo 463, todos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, donde se determinan las facultades de los fiscales y la nulidad de lo actuado por la falta de notificación del Ministerio Público en aquellos juicios donde se exige su participación como parte de buena fe.

¹³⁵ *Vid.* artículo 227 del Código Civil; en conexión con los artículos 23 literal c), y 31 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad y el artículo 170 literal a) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por otra parte, la publicidad en los juicios de filiación, atiende al carácter específico de estos procesos, así se ha creado un sistema privativo de difusión de forma tal que todo interesado pueda participar en la causa donde posea cualidad o una vez resuelto el asunto a través del fallo respectivo conocer el estado familiar establecido con la sentencia, y en caso de disconformidad intentar la acción extraordinaria de revisión del primer juicio. Concretamente, los objetivos descritos se alcanzan en el primer supuesto, por medio de la publicación de un edicto mediante el cual, admitida la demanda, se hará un llamado general al que tenga interés directo y manifiesto para hacerse parte del juicio de filiación. En el segundo caso, se deberá publicar en prensa un resumen de la sentencia firme donde se declare o se niegue determinada filiación a los efectos que los que no participaron justificadamente en el contradictorio puedan dentro de un año ejercer la acción de revisión antes indicada, fallo que además deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y de modificar la filiación se hará anotación marginal en la partida de nacimiento correspondiente (artículos 506 y 507 del Código Civil, en conexión con el artículo 152 de la Ley Orgánica de Registro Civil).

Sobre los principios informadores y vinculantes relacionados a las acciones de filiación, ya se han indicado algunos aspectos afines al tema, conviene ahora recordar que en el trámite del procedimiento se deben atener las partes y el juez ha determinadas premisas que fundamentan el sistema de filiación, así un principio cardinal es el de unidad de filiación, que, como se apuntó en detalle, tendría como consecuencias el que no se establezcan diferenciaciones en el tratamiento de las distintas pretensiones de filiación, salvo en aquellos supuestos que objetivamente deban tener un trato distinto por poseer razones de peso que justifiquen la disparidad. De lo expuesto se deduce la invitación a reducir los distintos subtipos de acciones que la doctrina tradicional ha elaborado¹³⁶,

¹³⁶ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. I, p. 97, señala las siguientes: acción de reclamación de estado, de inquisición de maternidad y de paternidad, impugnación del carácter matrimonial de la filiación, de impugnación de estado, de desconocimiento, de nulidad del reconocimiento, de impugnación del reconocimiento y de nulidad de la adopción.

a únicamente tres modalidades, ya que las antiguas divisiones no se explican hoy al ponderar que cualquier pretensión de filiación, en términos llanos, se reduce a investigar la paternidad o maternidad, lo cual se logra con gran éxito en la mayoría de las hipótesis por medio de la famosa prueba de ADN, siendo así la cuestión, poco interesa, si el hijo nació dentro del matrimonio o no, si la prueba médica determina indubitadamente la progenitura debatida¹³⁷.

Otro principio que es oportuno destacar es el de *favor filii* o *in dubio pro filii*, es decir, que en la interpretación de las disposiciones referentes a la filiación, cuando existan posiciones antagónicas, debe prevalecer la que favorezca el establecimiento o mantenimiento del nexo familiar discutido. Obviamente esto debe entenderse como regla general, y en casos específicos se deberá ajustar según otros elementos incorporados a la discusión procesal. Así, para efectos ilustrativos, se señala que puede suceder que un padre ejerza la acción de desconocimiento alegando que la procreación se originó a través de una técnica de reproducción humana asistida con espermatozoides donados de un tercero y donde él no consintió formalmente la realización de la reproducción asistida, presentándose en conclusión la discusión sobre qué debe entenderse por “autorización del marido”, probándose en el decurso judicial que aunque no existe una prueba documental sí acompañan al debate ciertos indicios (*exempli gratia* el marido pagó la inseminación) que permiten llegar a la convicción de que el esposo conocía el procedimiento y lo autorizó tácitamente, por lo que ante las alternativas de declarar con lugar la demanda y dejar sin padre legal al hijo o aceptar como implícitamente reconocido al hijo, se debe preferir esta última posición en atención al principio en estudio. En refuerzo de lo dicho y cuando el hijo es menor de edad, compartiría relieve el valorar en el caso concreto el “célebre” principio del interés superior del niño, el cual permitiría

¹³⁷ Peñaranda Quintero: ob. cit. (**Derecho de familia**), p. 481, habla de tipos de pretensiones, las cuales identifica como: “Pretensión de reclamación de filiación, que busca posibilitar la investigación de la paternidad o maternidad. Pretensión de impugnación de filiación, que busca desconocer una filiación previamente determinada. Pretensión de simple desconocimiento de paternidad matrimonial. Pretensión de nulidad de reconocimiento de un hijo”.

inclinan la balanza en beneficio del infante, si además permite favorecer la filiación¹³⁸.

El principio de prevalece de la identidad biológica sobre la meramente aparente –o simplemente principio de verdad en la filiación–, obliga en casos de discusión entre las formas exteriores y la realidad material preferir esta última que es la que se debe imponer en el mayor número de casos de discusión de la filiación. Así en el devenir del proceso donde se batalla por la precisión del vínculo filial, la mira debe focalizarse en sacar de las profundidades la verdad genética; esta última es la que sirve de soporte fáctico a la filiación y no puede contentarse la justicia con un aparente vínculo deducido de indicios, presunciones, manifestaciones unilaterales de voluntad, que no necesariamente se corresponda con los hechos, más si se puede bajo el control judicial, inquirir la verdad biológica principalmente por medio de la prueba de ADN.

Por otra parte, si bien de ordinario toda acción de filiación se dirige a descubrir la verdad sobre el vínculo genético, el legislador ha establecido ciertos matices en temas donde permitir el ejercicio del derecho a inquirir la identidad genética con efectos filiales contravendría el bienestar del hijo y engendraría un clima de intranquilidad que lejos de proteger, lesionaría el núcleo familiar¹³⁹. En definitiva, para enmendar dichos escollos, debe recordarse que lo apuntado no puede llevarse a los extremos, ello debido a que no es sincero con la naturaleza humana el afirmar que en todo supuesto una filiación conforme al elemento biológico beneficia al hijo, así como tampoco es justificable vivir una mentira amparada en una supuesta “paz familiar” que en el

¹³⁸ En todo caso, se recuerda que el mencionado “principio” del interés superior no es una regla automática y vacía de realidad semántica, todo lo contrario, el mismo está dotado de los elementos de juicio indispensables para que se inquiera cuál es la solución que de verdad concierne al derecho tutelar, siempre en favor del desarrollo integral del niño o adolescente en cuestión.

¹³⁹ Se hace referencia a los conflictos de paternidad donde ha recaído decreto de adopción y el padre biológico ejerce la acción, o a las pugnas que se traban entre el donador de esperma y el padre que ha autorizado la realización de la técnica de reproducción humana asistida de su pareja.

pasado ha demostrado ser un escudo a la hipocresía y vértice de una falsa moral. De allí que se exhorta a rememorar lo expuesto en otros escenarios sobre la búsqueda de un punto medio –que además es tenue y dúctil–, a través del cual encarrilar las soluciones; igualmente ha de rescatarse la importancia de tener claridad en el alcance de los principios informadores del derecho de familia en general y de la filiación en específico, ello a la hora de resolver los patentes conflictos que surgen del ejercicio de las acciones de filiación.

El redimensionamiento de la posesión de estado. Con la frase de apertura se hace alusión a que la figura de la posesión referida a la filiación demanda un “nuevo” planteamiento legislativo. Según estas ideas ya se ha indicado que es superficial pensar que con sólo la configuración de determinados hechos (entre los principales: nombre, trato y fama) se pueda establecer la maternidad, sin recurrir a un debate judicial, y que por lo anterior, la posesión de estado obtiene un cariz de medio de prueba que permite corroborar en juicio la filiación debatida, y en estos términos lo ha contemplado el legislador en los artículos 210 y 233 del Código Civil, y aunque ha perdido trascendencia ante el *test* médico, puede coadyuvar a una solución en hipótesis de conflictos de paternidad¹⁴⁰. Ahora bien, la posesión no puede limitarse a la demostración de las principales circunstancias indicadas en el artículo 214 del Código Civil. Se debe abundar en averiguar el comportamiento en lo afectivo según como se ha exteriorizado; así de qué valdría tener constancia de que el supuesto padre le ha dispensado la generosidad del apellido al hijo, si esto no está correspondido con hechos objetivos que manifiesten que en realidad lo ha tenido como hijo, y aquí recordamos que lo que protege la Constitución es una paternidad responsable y a lo que tiene derecho el hijo es a tener contacto directo con su padre, inmediación que no es meramente física y circunstancial, sino afectiva y sustancialmente se configura con la existencia real de la figura paterna. Por lo dicho, la posesión si quiere ser posesión de filiación, debe evidenciar una relación

¹⁴⁰ *Vid.* fallo de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 232 de fecha 19 de septiembre de 2001, Exp. N° 01-205, donde se confirma el establecimiento de la paternidad del hijo demandante, al demostrarse en el debate probatorio la existencia de la posesión de estado, según lo señalado por el artículo 210 del Código Civil. Consultada en www.tsj.gov.ve.

patente entre padre e hijo en los mismos niveles que la de cualquier padre que sea en realidad tal¹⁴¹. Sobre lo indicado algunos podrán objetar –y no sin mediar algo de razón–, que se entra en un subjetivismo, contrario el espíritu de facilitar la prueba, pero si la posesión va a jugar un determinado peso en la decisión que tome el juzgador, tiene que ser una situación fáctica que patentice que el comportamiento de los sujetos en la relación es de hijo y de padre recíproco y no otra cosa, mayor justicia cuando el ordenamiento jurídico ha sido lato en introducir elementos morales y afectivos en la regulación de la familia como se reveló en otra oportunidad¹⁴².

4.2. Tipos de pretensiones de filiación

Se hilvana de lo expuesto que las acciones de filiación pueden variar en el fundamento, de allí que en atención al elemento cardinal perseguido se puede elaborar una clasificación acorde con el actual Sistema. Básicamente puede acaecer que con la acción se persiga reclamar el vínculo por no existir jurídicamente hablado o que se desconozca el mismo, en consecuencia, se desee suprimir al no corresponder con la realidad, y en definitiva que se persiga eliminar un nexo estableciendo intercambiándolo con otro distinto en el mismo procedimiento. De acuerdo a lo anterior, se tendría un modelo tripartito con las siguientes modalidades:

4.2.1. Pretensión de reclamación de paternidad o maternidad

El carácter de esta acción consiste en que es el hijo (por sí mismo o con su representante) el que demanda el establecimiento del vínculo por no constar el mismo de forma legal; a través de la misma se reclama una filiación que, aunque fundada en elementos biológicos, no figura para dicho momento jurí-

¹⁴¹ López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. I, p. 81, afirma: “Para que pueda hablarse de posesión de un estado familiar no basta pues que haya uno o varios hechos aislados que se refieran al mismo; se precisa la existencia de una serie de acontecimientos y de circunstancias que, en conjunto, pongan de manifiesto que la persona en cuestión tiene de hecho ese estado”.

¹⁴² Vid. Varela Cáceres: ob. cit. (“El derecho de familia en el siglo XXI...”), pp. 36 y ss.

dicamente, ya sea por no operar la presunción de paternidad o no constar la identificación de la madre en el acta de nacimiento, o sencillamente por ser reacio el progenitor en reconocer al pretendido hijo. Como se evidencia de lo señalado la petición en cuestión presupone la inexistencia del vínculo jurídico ya que si el mismo preexiste pero se desea cambiar con otra persona por ser controvertido se habla con propiedad de una “pretensión por conflicto de paternidad o maternidad”.

Esta acción se cimienta en la facultad constitucional que detenta toda persona de inquirir o investigar su identidad biológica con efectos filiales y de poseer una relación familiar tanto paterna como materna. En ese sentido, como se ha indicado reiteradamente, al no existir derechos absolutos esta posibilidad de averiguar o reclamar la filiación puede también poseer limitaciones o restricciones, que en todo caso serán razonables, objetivas y justificadas, así el Código Civil señala:

Artículo 226.- Toda persona tiene acción para reclamar el reconocimiento de su filiación materna o paterna, en las condiciones que prevé el presente Código.

Como se observa, la acción de reclamación está supeditada a ciertas condiciones, las cuales operan cuando la reclamación la efectúa el hijo en contra de los herederos del padre, o cuando son los herederos o descendientes del hijo los que la intentan frente a los herederos del progenitor, estableciendo para tales supuestos limitaciones temporales a los fines de garantizar la seguridad jurídica como principio general del derecho. Así, según el artículo 228 del Código Civil, para el hijo la acción es imprescriptible si se intenta en vida del progenitor. Por su parte, cuando el padre fallece se podrá demandar a los herederos por el establecimiento de la filiación pero siempre que la acción se gestione dentro de los 5 años siguientes a la muerte del pretendido padre¹⁴³. En la hipótesis del

¹⁴³ Específicamente el artículo 228 del Código Civil señala: “Las acciones de inquisición de la paternidad y la maternidad son imprescriptibles frente al padre y a la madre, pero la acción contra los herederos del padre o de la madre, no podrá intentarse sino

ejercicio de la pretensión de reclamación entre herederos o descendientes del hijo contra herederos del padre (artículo 229 *ejusdem*), esta únicamente puede exigirse si el hijo falleció antes de los 20 años de edad sin reclamar la filiación¹⁴⁴ y obviamente al ejercerse contra los herederos del padre requiere concurrentemente que se intente antes de vencido el lapso de los 5 años después de la muerte del progenitor.

4.2.2. Pretensión de desconocimiento de paternidad o maternidad

Cuando existe una relación paterno filial, ya sea por la aplicación de las presunciones de paternidad o el reconocimiento, puede suceder que tal nexo no tenga un soporte en la identidad biológica y que además no sea de aquellos

dentro de los cinco (5) años siguientes a su muerte”. Sin embargo, Loreto: art. cit. (“La Acción y el proceso de filiación...”), p. 151, al glosar el artículo referido a la caducidad de la acción en el Código de 1942 es de otra opinión, concretamente indica: “La norma que se halla contenida en la parte final del último aparte del artículo 218 Código Civil según la cual la acción contra los herederos de los padres no puede intentarse sino dentro de los cinco años subsiguientes a la muerte de cualquiera de aquéllos, contempla el caso de la acción de los herederos o descendientes del hijo que murió sin reclamar, nunca la que pueda intentar el hijo mismo, pues, para él es imprescriptible”, añadiendo que una interpretación distinta a la anterior “conduciría a un resultado contrario a la norma del artículo 212 [ahora 226], opuesta al interés del hijo. El término de cinco años a que se contrae el referido aparte, se refiere a la acción de los herederos y descendientes del hijo solamente, es lapso de caducidad y se cuenta desde la fecha de la muerte del padre”.

¹⁴⁴ En relación con la razón de fijar dos años después de cumplida la mayoría como límite para la caducidad indicada en el artículo 229 del Código Civil, podemos extrapolar como justificativo lo apuntado por la doctrina referida al Código de 1873 y a “la acción para reclamar filiación legítima”, así Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 214, sostenía en su momento: “La ley no ha querido que corra ningún término de prescripción contra un menor ni aun respecto de sus herederos y por ello ha querido que transcurran cuatro años [dos años según el Código vigente], estando en capacidad el pretense hijo para que sus sucesores pierdan aquel derecho. Ni el menor ni el demente pueden por sí ejercitar sus acciones, y no se ha querido fundar en el abandono de un tutor la pérdida de un derecho tan importante. Así es que la ley ha querido que la prescripción, en el presente caso, se funde en la omisión de la misma persona durante [dos años] de completa habilidad”.

supuestos donde el derecho, a través de una ficción u otro remedio, crea un vínculo soportado exclusivamente en consideraciones jurídicas¹⁴⁵, en tales circunstancias la Ley permite el ejercicio de una acción mediante el cual se investiga la verdadera filiación ratificándola o negándola.

Pues bien, se intuye que será el padre o la madre “legal”, quienes advierten que tal nexo es contrario a la realidad y por ello desean verlo desaparecer¹⁴⁶. Así también se agrega que como tal supuesto pretende desmejorar objetivamente al hijo al privarlo de un ligamen que en teoría debería prestarle grandes beneficios, se exige que su interpretación sea restrictiva y por ello en principio debería proceder en el caso de la maternidad cuando haya contradicción en la misma, es decir, sólo cuando el hijo objetado si bien tiene acta de nacimiento o reconocimiento de maternidad no posee posesión de estado, en este asunto la acción se aprecia inocua al no causar un daño mayor al hijo, ya que en definitiva el proceso lograría asimilar una situación de facto en jurídica, o si por el contrario es declarada sin lugar la demanda, se ratificaría los deberes de la madre hacia con el hijo y viceversa¹⁴⁷.

En el caso de la paternidad, en un inicio, habría que distinguir si el fundamento de la paternidad es la aplicación de la presunción *pater is est* o el reconocimiento. Así para la primera situación, el Código Civil desarrolla diversas circunstancias que tienden a desvirtuar la razón de la presunción de paternidad que anteriormente se ha examinado, supuestos en los cuales no es lógico presumir que ha ocurrido la concepción por el marido de la madre, entre tales

¹⁴⁵ *Verbigracia* la adopción y el caso de progenitura establecida con base en la autorización para la aplicación de técnica de reproducción humana asistida con donación de gametos (artículo 204 del Código Civil).

¹⁴⁶ También podría ocurrir que el hijo despliegue una acción mediante el cual aspira a que su filiación legalmente establecida desaparezca sin que concurrentemente se precise el vínculo con otra persona, pero estos escenarios son más puntuales y habría que analizar si a través de los mismos se persigue un beneficio al hijo, porque en definitiva si se declara con lugar la demanda el supuesto hijo quedaría sin padre o madre legal. Huelga subrayar que mayor cuidado habrá de tenerse si el hijo es menor de edad.

¹⁴⁷ La doctrina ha denominado esta pretensión como “acción de impugnación de estado” y obtiene un soporte en el artículo 230 del Código Civil.

casos el Código Civil destaca: la imposibilidad física de acceso a la madre durante el periodo de la concepción (artículo 201); el nacimiento del hijo antes de 180 días después del matrimonio (artículo 202); la impotencia manifiesta y permanente del presunto padre (artículo 204) o el adulterio de la madre en el periodo de concepción (artículo 205). Como se aprecia, los hechos narrados pueden llegar a desvirtuar claramente la presunción *in commento*, pero no la circunstancia de que el padre querellante sea efectivamente tal; por ello en dichos derroteros la prueba de ADN ofrece una solución destacada al permitir superar las meras conjeturas, acercándose al meollo del asunto, que no sería otro que si el padre legal según la presunción es el verdadero biológicamente hablado¹⁴⁸.

Ahora bien, el Código Civil en el anterior caso, determina un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción, cuyo soporte se ubica en el principio *favor filii*, protegiendo al hijo que al estar amparado con una relación filial de prosperar la demanda vería extinguido el nexa, con el agravante que después del transcurso de cierto tiempo es probable que el hijo disfrute de posesión de estado¹⁴⁹. En todo caso, las disposiciones aludidas son las correspondientes a los artículos 206 y 207 del Código Civil, que exponen:

Artículo 206.- La acción de desconocimiento no se puede intentar después de transcurridos seis (6) meses del nacimiento del hijo o de conocido el fraude cuando se ha ocultado el nacimiento. En caso de interdicción del marido este lapso no comenzará a correr sino después de rehabilitado.

¹⁴⁸ De allí que Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), p. 225, afirme: “el sentido fundamental de la acción de desconocimiento de la paternidad es permitirle al esposo de la mujer no asumir una paternidad que biológica o genéticamente no le corresponde, por ende, si existe tal correspondencia no debería prosperar la misma”.

¹⁴⁹ La jurisprudencia española, representada por su Tribunal Constitucional ha manejado como razón del establecimiento de un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento el hecho que las instituciones familiares y en específico la filiación tiene un componente temporal representado en la “estabilidad”, carácter que debe reforzarse en protección del hijo, además de alegar otro elemento valorativo como la pletórica “paz familiar”.

Artículo 207.- Si el marido muere sin haber promovido la acción de desconocimiento, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, sus herederos tendrán dos (2) meses para impugnar la paternidad, contados desde el día en que el hijo haya entrado en posesión de los bienes *de cujus* o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquel en tal posesión.

Las disposiciones transcritas establecen un lapso de caducidad, que, valga recalcar, corren a favor del hijo. La razón de la primera norma copiada, resulta del hecho de que si el padre ha tenido constancia del nacimiento de una persona donde se le atribuye la progenitura, puede ser que considera que es el padre de la criatura o en otro extremo tiene sospechas o la seguridad de que no lo es. En uno u otro escenario, al transcurrir el tiempo fijado por el legislador sin ejercer la acción ha aceptado pacíficamente la existencia de la relación, con las ventajas y cargas que ella involucra, no puede ser que después de seis meses y teniendo constancia del nacimiento pretenda escudarse en que le había sido imposible físicamente tener relaciones sexuales con la madre durante el periodo de la concepción o alegar otro hecho, y aquí se remata recordando que la paternidad es un acto responsable y si no se quiere asumir las consecuencias que el nexo conlleva aparejado se debe ser diligente y no otra postura se espera. Por demás, según el artículo 208 del Código Civil, se exige que la acción se intente contra el hijo y la madre, lo que representa en términos procesales un “*litis consorcio necesario*”¹⁵⁰.

En el otro supuesto, donde la paternidad se origine de una manifestación de voluntad o reconocimiento y posteriormente se pretenda negar tal hecho, podrá el demandante alegar la nulidad del acto mediante el cual se efectuó el reconocimiento, si dicho acto es el fundamento de la relación filial, concretamente por haberse realizado el mismo bajo violencia o impugnándolo como

¹⁵⁰ Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, p. 208, comenta como justificativo del *litis consorcio* que la madre “tiene en la cuestión comprometido su honor” y el hijo “muchos derechos civiles de mayor importancia, y debe por lo mismo dárseles audiencia en el caso”.

falso¹⁵¹, pero se llegaría a la misma consecuencia, en el entendido que lo importante aquí es verificar si el vicio en la voluntad distorsiona la realidad o por el contrario se ajusta a la misma. Por lo dicho, se sostiene que puede ocurrir que se compruebe que la manifestación fue en un principio viciada de forma, empero si del debate se comprueba que existe nexo biológico entre reconociente y reconocido, debe prevalecer en el fondo la identidad genética y por ello declararse sin lugar la demanda propuesta.

Por último, es necesario aclarar que se palpa una diferencia en cuanto al tratamiento de la presente acción de desconocimiento de paternidad cuando el nexo ha emergido como consecuencia de la presunción *pater is est*, y, por otro lado, cuando el vínculo ha brotado de una manifestación de voluntad del padre. Al respecto, se señala que la distinción se fundamenta en la circunstancia que cuando la paternidad ha operado por la presunción la misma viene acompañada de ciertos elementos que hacen inferir al legislador un tratamiento de protección del hijo y de la relación de pareja (cónyuges o unidos de hecho). Por el contrario, cuando la progenitura se basa únicamente en una exteriorización de voluntad en documento público o auténtico, existen reservas en la Ley de cubrir con mayores garantías la relación así generada, y por tal razón, en este último caso se puede hacer enervar con más facilidad dicha relación filial. En otras palabras, en el caso del reconocimiento la acción no se encuentra supeditada a un lapso de caducidad.

4.2.3. Pretensión por conflicto de paternidad o maternidad

Esta petición implica el averiguar la paternidad o maternidad cuando existe disyuntiva entre la relación determinada legalmente y la que se invoca con el ejercicio de la acción. Su finalidad supera el desconocer un nexo ya establecido y se dirige simultáneamente a precisar la filiación debatida entre los sujetos que se la atribuyen, lo dicho obligaría a ponderar cuál es el vínculo que debe prevalecer en atención a los principios informantes que nutren a la institución¹⁵².

¹⁵¹ Identificado la doctrina tradicional a dichas pretensiones como: “acción de nulidad” y “acción de impugnación” de reconocimiento respectivamente.

Dentro de los supuestos que abarcan esta pretensión, se ubican los casos donde legalmente existen dos filiaciones paternas establecidas que se anulan recíprocamente, como *verbigracia* el asunto ya comentado de la mujer que celebra segundas nupcias sin cumplir el lapso que establece el artículo 57 del Código Civil y el hijo nace dentro de los 300 días después de disuelto el vínculo, ya celebrado el segundo matrimonio; o cuando se da la hipótesis que introduce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008, ratificada por el artículo 34 del Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil, es decir, nace un niño de madre casada aunque alega que se encuentra separada de hecho y al momento de la inscripción del nacimiento se presenta un hombre distinto al esposo a efectuar un reconocimiento en el acta de nacimiento, operando simultáneamente un reconocimiento y la presunción *pater is est* del artículo 201 del Código Civil¹⁵³.

Como se evidencia, en tales circunstancias necesariamente deberá recurrirse al ejercicio de la acción que dilucida la verdadera paternidad, de lo contrario se podría lesionar el principio según el cual estas acciones son indisponibles. Podrán existir otras alternativas, como en el caso que un tercero invoque ser el padre biológico de un niño que fue reconocido por un sujeto que funge como el padre legal, requiriéndose la tramitación de un juicio de filiación a los efectos de dilucidar el vínculo debatido.

Se podría pensar en un inicio, que esta pretensión es el cauce adecuado para esclarecer los supuestos de conflicto entre vínculo biológico y legal en la

¹⁵² Estos casos han existido siempre, a tal punto que en su oportunidad Sanojo: ob. cit. (**Instituciones de derecho civil...**), t. I, pp. 219-220, expresó refiriéndose al reconocimiento de filiación “ilegítima”: “Puede acontecer que muchas personas se reconozcan á un tiempo como padres ó madres de un mismo hijo y hay dos sistemas para resolver esta dificultad. Según unos, se tendrá como padre ó como madre la persona que acepte el hijo, y según otros, toca la resolución á los tribunales, quienes estimarán con amplitud las pruebas que se produzcan en el juicio que se siga”; inclinándose el autor citado por la primera opción en atención que según el Derecho vigente para tal fecha “no debe obligarse á un individuo á aceptar por padre natural á cualquiera que se declare tal”, y más cuando la actuación de los tribunales en dicho momento histórico estaba censurada, al “prohibirse toda inquisición” de paternidad “ilegítima”.

¹⁵³ Vid. Varela Cáceres: art. cit. (“La identidad biológica y la filiación...”), pp. 222 y ss.

adopción, empero la Ley sólo permite atacar el nexo de filiación creado con la adopción a través de la acción de nulidad la cual por demás está regida por supuestos específicos¹⁵⁴. En la reproducción humana asistida cuando media donación de esperma u óvulo, sería factible encuadrar tal caso en la pretensión por conflicto, pero la discusión giraría alrededor de indagar si se efectuaron los consentimientos para la realización de la técnica aludida, tanto del donante como de los receptores, hipótesis por demás especialísima que escapa de las pretensiones de este opúsculo.

4.3. La prueba de ADN en los juicios de filiación

Como ha quedado delineado, la prueba médica de ADN representa en la actualidad el instrumento idóneo para difuminar las dudas que en materia de filiación pueden surgir con el ejercicio de las distintas pretensiones de paternidad o de maternidad; por ello conviene detallar cuál es su regulación, su grado de certeza, así como también qué ocurre cuando el destinatario de la prueba se niega a realizar la misma y qué instituciones la ejecutan, entre otros aspectos de relieve.

En relación con la naturaleza de la prueba de ADN, la misma representa una experticia científica-médico-legal, efectuada por un perito certificado, que se reduce en términos simples a tomar muestras de tejidos o componentes humanos que contenga ADN, de dos o más sujetos a los fines de comparar la cadena de aminoácidos que se transmiten por herencia genética de los progenitores a los generados y a partir de la similitud arrojada determinar el porcentaje de compatibilidad y con ello el carácter o no de padre e hijo investigado¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Vid.* artículos 509 y 510 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Cosa distinta es la pretensión que se dirige a inquirir los orígenes, sin anhelos de generar efectos sobre la filiación.

¹⁵⁵ Bello Tabares, Humberto Enrique III: **Tratado de derecho probatorio**. T. II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 983, destaca que esta experticia científica es “una especie del género de la experticia en sentido general”, siendo sus diferencias básicas: “1. La pericia es de carácter científico, lo que no ocurren con la experticia tradicional; 2. La mecánica lo que busca son resultados que demuestren hechos controvertidos, lo que

En un inicio, cuando la experticia adquirió cierta resonancia en la práctica forense, la doctrina en atención a la libertad de prueba para inquirir la filiación y a lo establecido en el artículo 210 del Código Civil que se refería a “los exámenes o experticias hematológica y heredo-biológicas”, entendía que por analogía la prueba específica de ADN se podía subsumir dentro de dicho artículo y, en consideración a ello, la acordaba si era llevada al proceso¹⁵⁶. Luego, la modernidad y la globalización han permitido que el assembleísta aprecie con nitidez la importancia de regular de manera concreta dicha prueba cuando la misma tiene repercusiones en la determinación de la filiación, aunado al hecho de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela habla de forma expresa de “identidad biológica” (artículo 56) y la necesaria concurrencia de un vínculo que posea un soporte en el sustrato genético, coadyuvando en tal sentido el *test* de ADN a facilitar la verificación de dicha sincronía. A la par de lo expuesto, es forzoso destacar el papel preponderante que la jurisprudencia ha jugado en este asunto, al reconocer el valor esencial del ADN a la hora de resolver los conflictos de filiación.

Es así que las anteriores premisas preparan el escenario para una regulación específica ocurrida –aunque en términos tímidos– por medio de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que en sus artículos 28 y 31, señala lo que sigue:

Artículo 28.- Si la persona señalada como presunto padre negare la paternidad, se podrá solicitar que se le practique la prueba de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín. En este supuesto, la autoridad civil ordenará lo conducente a los fines que el organismo

no se produce en materia de experticia tradicional, que solo tiene por finalidad obtener el juicio de valor del experto; 3. Se utilizan medios técnicos, electrónicos o de cualquier otra especie pero de naturaleza científica, lo que no ocurren en la experticia tradicional donde solo se utiliza el conocimiento especial del experto”.

¹⁵⁶ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 504 del Código de Procedimiento Civil, que señala: “...puede también disponerse la obtención de [...] análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto de reconocida aptitud, nombrado por el Tribunal” si el asunto lo requiere.

especializado realice dicha experticia, cuya gratuidad será garantizada por el Estado.

En los casos que la persona identificada como presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra.

Artículo 31.- [...] En los procedimientos de filiación el juez o jueza competente podrá ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado.

Como se ha señalado otras veces, la Ley en examen posee –a nuestro juicio– graves fallas de técnica legislativa¹⁵⁷, mas independientemente de tales limitaciones se puede extraer claramente de las normas parcialmente transcritas, las siguientes premisas:

La prueba “de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín”¹⁵⁸, persigue demostrar la existencia de un vínculo de paternidad cuando el mismo tiene un soporte “biológico”, lo que obliga a considerar que cuando sobre el nexa no gravita dicho elemento, *verbigracia*: los casos de adopción y reproducción asistida con donación de gametos, la prueba carece de relevancia práctica. Así también, la norma deja las compuertas abiertas para que la ciencia a través de su normal desarrollo pueda incorporar nuevos métodos que de acuerdo a su certitud podrán practicarse para la probanza de la filiación.

¹⁵⁷ La impropiedad que ciertos textos legales detentan deformaciones producto del “estilo enrevesado” o simplemente de contradicción interna, no es un hecho de poca monta, que pueda superarse con la interpretación integral, ya que más allá de ello, propaga como efecto inicuo la desconfianza en las instituciones y, como lo destaca Calamandrei, Piero: **Los estudios de derecho procesal en Italia**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción Santiago Santís Melendo. Buenos Aires, 1959, p. 123, el estilo defectuoso es causa “de falta de certeza del derecho”.

¹⁵⁸ Conviene apuntar, parafraseando a Bello Tabares: ob. cit. (**Tratado de derecho probatorio**), t. II, p. 984, que la experticia como tal es “un mecanismo o diligencia procesal con fines probatorios”, siendo que el “medio de prueba sería [...] el resultado de los exámenes”, y la prueba el contenido o producto que arrojan los indicados exámenes genéticos.

Otro aspecto innovador –aunque no necesariamente oportuno– es la posibilidad de que la prueba se evacue en sede administrativa, en este caso para la tramitación del procedimiento especial regulado en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (artículos 21 y ss.) y ratificado por el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil (artículos 26 y ss.), bajo el control del registrador, en todo caso sigue existiendo la posibilidad de desahogarse en la tramitación de un juicio de filiación, por instrucción del juez o a instancia de parte, siendo necesario destacar que independientemente del ente que la ordene, el Estado se obliga a garantizar la gratuidad de la misma, facilidad que se logra a través de los órganos del Poder Público que posean la tecnología para realizar la misma, *exempli gratia*: las universidades y los centros científicos, todo ello en sintonía con el espíritu de colaboración y coordinación entre los entes del Estado¹⁵⁹.

Un aspecto de imperiosos análisis, es si existe obligatoriedad de promover la prueba por el juez, en el caso de que las partes hayan sido poco diligentes en este asunto. Al respecto el artículo 31 *supra* citado, señala que el juez “podrá ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN)”. Ahora bien, la normalidad señala que cuando el legislador indica “puede o podrá” está facultando al juzgador para actuar con discrecionalidad, según “lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”¹⁶⁰; no obstante, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que es el desahogo de la prueba de ADN la que permite garantizar con criterio científico la concurrencia del vínculo biológico y jurídico, lo que originaría como corolario la evidencia de un mandato para los jueces de ordenar la práctica de los exámenes de ADN, si se persigue garantizar el derecho

¹⁵⁹ *Vid.* artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Antes de que existiera este principio de gratuidad, que claramente persigue democratizar la justicia y hacerla accesible a todos los justiciables, Bello Tabares: ob. cit. (**Tratado de derecho probatorio**), t. II, p. 987, apuntaba que el coste de la misma debía ser sufragada por el solicitante, con la posibilidad de ser indemnizada con las costas procesales, en el supuesto que la ordenase el juez de oficio, debía ser pagada por ambas partes.

¹⁶⁰ Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

a la identidad biológica con repercusiones filiales. Otra actitud, sería manifiestamente negligente e incongruente con las altas funciones de la magistratura¹⁶¹.

Por otra parte, una de las características de la prueba de ADN es el determinar una probabilidad de vinculación, lo cual es una consecuencia lógica del

¹⁶¹ Cfr. Espinosa Pérez, Beatriz: “Derecho a probar en juicios de filiación (nuevas narrativas en giros doctrinales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia)”. En: *Universitas*. N° 110. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005, p. 419 y *passim*, comenta que la jurisprudencia colombiana ha subrayado que es fundamental la postura del juez ante la realización de la prueba de ADN, por ello no debe complacerse con simplemente acordarla o en el caso de la negativa del destinatario de evacuarla, contentarse con la aplicación de la presunción en su contra, ya que en definitiva lo debatido es el vínculo biológico y si la prueba en análisis permite garantizar la confirmación del mismo, es ello lo que se debe perseguir. En el derecho colombiano el asunto es regulado por la Ley 721/2001 (Diario Oficial N° 44.661, de fecha 29 de diciembre de 2001), estableciendo la obligatoriedad de la práctica de la prueba científica (artículo 1). En relación con el caso venezolano, justamente ello es lo que se deduce de la lectura del artículo 31 de Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paterinidad cuando indica “ordenar con carácter obligatorio”, lo que en otras palabras, compromete la actividad del juez, en tratar por todos los medios legales que la prueba se ejecute y con ello se disipe la controversia, que además de aclarar la filiación abarca un aspecto personal y fundamental para el hijo como es la identidad. Cfr. Bello Tabares: ob. cit. (**Tratado de derecho probatorio**), t. II, p. 986 y t. I, pp. 199 y ss. quien concretamente expone que no obstante la negativa de la parte de evacuar la prueba pudiera el juez acudir a la “fuerza pública si fuere necesario, para obtener el resto corporal u orgánico (pelos, cabellos, sudoración, uñas) a partir del cual pudiera realizarse la referida pericia, siempre que se tratara de elementos corporales externos, respetándose la dignidad humana, la integridad física, el honor y el pudor”, en definitiva tal actuación del juzgador “no vulnera derecho constitucional alguno, pues éste se encuentra legitimado para tal acto y su norte es siempre la búsqueda de la verdad y la justicia”; en el caso que para obtener la muestra se requiera “invasión interior corporal” como la toma de muestras de sangre, no podrá usarse tales medios y “la falta de colaboración activará la prueba indiciaria”. Reacuérdesse el precedente antes citado de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 157, donde se indica de manera enfática: “...cuando se intenta una acción de inquisición de paternidad o una acción de desconocimiento de paternidad, los jueces encargados de tomar la decisión deben ser sumamente diligentes y prudentes, tratando, por todos los medios legales de escudriñar la verdad debiendo apartarse de los meros formalismos que pueden hacer nugatoria la prueba heredo-biológica, de tanta trascendencia”.

hecho de que la evaluación se efectúa sobre una parte de la cadena de ADN y no del todo. No obstante, los grados de certeza son tan concluyentes (99,9%) que permite arribar a la convicción de paternidad o maternidad según el caso. De allí que Eduardo Zannoni exprese "...si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones *hominis*"¹⁶². A raíz de lo anterior el legislador ha dispuesto que la conducta contumaz en colaborar en la práctica de la prueba origina una presunción o indicio en contra del recalcitrante, que podrá ser desvirtuado según los elementos incorporados al debate pero que en términos generales permite inferir que tal negativa se produce por la razón de poseer el rebelde convencimiento de que se detenta el vínculo que se aspira probar con el examen¹⁶³. Igualmente

¹⁶² Parafraseado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 01152, de fecha 30 de septiembre de 2004, Exp. N° AA20-C-2003-000799. Consultada en www.tsj.gov.ve. López Herrera: ob. cit. (**Derecho de familia**), t. II, p. 449, observa que si bien en un inicio la jurisprudencia considero tales probanzas con un "valor indiciario, actualmente las considera absolutamente decisivas". Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia N° C-476-05 de fecha 10 de mayo de 2005, al interpretar la Ley 721/2001, expresa sus reservas: "...conforme al propio texto de la ley, el Estado reconoce que la 'información de la prueba de ADN' no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un 'porcentaje' de ella. Y, entonces, si ello es así, el texto del artículo 3 de la Ley 721 de 2001 no impide que en el estado actual de la ciencia, además de las pruebas científicas sobre el ADN pueda recurrirse tanto a las pruebas testimoniales, como a las documentales y a otros medios de prueba, pues la 'información de la prueba de ADN' no arroja certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad. Ello significa, entonces, que mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones".

¹⁶³ *Vid.* artículo 210 del Código Civil; artículo 505 del Código de Procedimiento Civil que hablan de "presunción en su contra" o "las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje" y artículo 28 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, donde se destaca la consecuencia procesal de negarse a colaborar con la prueba aquí comentada representa "un indicio en su contra". *Cfr.* Etcheberry Court, Leonor: "Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales". En: *Revista Chile-*

conviene apuntar que el recurrir a una presunción o indicio –cuando no existen medios lícitos para la realización de la prueba– es necesario en el contexto que, según se desprende del artículo 46 numeral 3 de la Carta Fundamental, ninguna persona puede ser sometido sin su consentimiento a “exámenes médicos o de laboratorio”. Por tal razón, si no se estableciera la presunción o el indicio de paternidad o maternidad por la negativa quedaría ilusoria la búsqueda de la verdad material que garantiza el proceso y el establecimiento de la filiación en muchos casos.

En relación con las personas que pueden someterse a los exámenes o a los cuales se les extrae la muestra a estudiar, Bello Tabares indica:

... dicha pericia científica pudiera ser practicada directamente en la persona cuya paternidad sea reclamada judicialmente, en el caso que se encontrara viva, pues de lo contrario, [...] pudiera realizarse en la persona de sus parientes consanguíneos, ascendientes o descendientes, quienes pudieran no colaborar con la práctica de la mecánica, caso este último que produciría la activación de la prueba indiciaria, producto de la conducta procesal obstruccionista, dando lugar a la posibilidad de practicar la misma en la persona del supuesto progenitor fallecido, mediante la exhumación del cadáver, para extraer a éste el material genético pertinente a los fines de la realización de la pericia científica¹⁶⁴.

na de Derecho Privado. N° 1. Universidad Diego Portales – Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago, 2003, p. 290, quien al comentar la jurisprudencia chilena destaca: “quienes en general se oponen a someterse a esta prueba, lo hacen por que saben o tiene una gran posibilidad de ser efectivamente los padres de los menores que demanda la filiación”.

¹⁶⁴ Bello Tabares: ob. cit. (**Tratado de derecho probatorio**), t. II, p. 985. La sentencia N° 01152 de la Sala de Casación Civil ya identificada, siguiendo doctrina española, apunta que en los casos de fallecimiento del pretendido progenitor: “...la prueba heredo-biológica debe practicarse en los descendientes de quien se reclama el establecimiento de la filiación en el caso que el progenitor no esté vivo, y si estos se niegan a someterse a la prueba entonces debe practicarse en el cadáver del pretendido padre”. Jurisprudencia seguida por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda sede Ocumare Del Tuy, en decisión de fecha 14 de junio de 2005, Exp. N° 098-05.

Por último, entre los tópicos referentes a la prueba de ADN, resulta importante atestiguar que la jurisprudencia ha determinado que la entidad idónea para realizar la mencionada prueba y producir los resultados de inclusión o exclusión de la progenitura es el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), no obstante, ha precisado que algunos centros de estudios al incorporar laboratorios con la tecnología necesaria para efectuar la experticia, pueden ser designados para tales tareas, como es el caso de la Universidad Central de Venezuela (UCV), la Universidad del Zulia (LUZ), así como el Laboratorio de Embriología y Endocrinología Molecular, de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA)¹⁶⁵. Los mencionados son centros científicos que están acreditados por los equipos y técnicos que lo integran para colaborar con la justicia en el desahogo de la pericia. En este orden de ideas, resulta adecuado transcribir jurisprudencia diuturna en esta materia que afirma lo siguiente:

...es criterio de este Alto Tribunal que al estar adscrito el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas al Ministerio de Ciencia y Tecnología, los científicos son a la vez funcionarios públicos que al ser designados expertos, actúan como auxiliares de justicia, sin que sea necesario juramentarlos para tal fin, pues al encargarse de sus funciones de carácter científico asumen la investidura de funcionarios públicos; por consiguiente, todos sus actos se tendrán como ciertos hasta prueba en contrario¹⁶⁶.

No puede concluir esta reseña, sin advertir que el manejo y utilización de la prueba de ADN está supeditado a asuntos que justifiquen su realización, esto en el entendido que la información codificada en el ADN es un patrimonio

¹⁶⁵ *Vid.* fallo de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, San Felipe, de fecha 04 de junio de 2007, Exp. N° 5585-04, donde se ordenó que la experticia se efectuará en la mencionada Universidad y siendo su resultado un elemento de convicción para que el juez declarara la paternidad debatida.

¹⁶⁶ Extracto tomado de la sentencia N° 01152, de la Sala de Casación Civil *supra* mencionada, y que ratifica la doctrina que fija la Sala de Casación Social en sentencia N° 157, varias veces aquí citada, por sólo mencionar algunos fallos.

personalísimo y lo que este arroja debe estar protegido por el Estado. Por lo dicho, se observa una clara justificación cuando esos datos genéticos coadyuvan a la resolución de un asunto de filiación y de dicha forma se garantice una correcta identidad biológica. Es diáfano entonces precisar que con el desahogo de la prueba, se debe además tutelar el derecho a la “intimidad genética”, que está relacionado a la integridad y dignidad de la persona, implicando una actuación ágil del juez para que el componente genético se mantenga reservado, salvo lo estrictamente necesario, para esclarecer la progenitura debatida¹⁶⁷.

La jurisprudencia mexicana ha sentado que, en los casos que se ordene la evacuación de esta pericia, el juez debe garantizar que la información sea manejada con prudencia y la misma no quede bajo ningún contexto expuesta a fines distintos a los rigurosamente forzosos, destacando que en el caso de las acciones de filiación la prueba es fundamental, pero el juez en tutela constitucional debe establecer las garantías para que la información obtenida no sea destinada a otros objetivos.

En este orden de ideas, parece oportuno comentar un caso que llegó a los estrados y donde se intentó una solicitud de autorización judicial, a los efectos de realizar prueba de ADN, en el padre (adolescente) y la hija recién nacida, ante la incertidumbre de la filiación paterna del neonato. Lo extraordinario del asunto es que, contrario a intentar la correspondiente acción de filiación, se pretendía realizar experticia en contra de la voluntad de uno de los padres, aspirando entonces que el Tribunal de Protección a través de una autorización

¹⁶⁷ Leret, María Gabriela: **Derecho, biotecnología y bioética (exposición y análisis de los principios y conceptos fundamentales para la comprensión de la bioética a la luz de la ciencia jurídica)**. Los Libros de El Nacional. Caracas, 2005, p. 18, parafraseando a Lledó Yagüe, apunta que el código genético y su circulación está supeditado a la implementación de mecanismos que permitan “...corregir el peligro de que la Genética actúe como factor ‘discriminante’ en el ser humano, a causa de las informaciones obtenidas de su estructura genética, y que se utilicen en su mérito o demérito en el campo de las relaciones jurídicas *lato sensu*, por lo que se impone ineluctablemente el saber ponderar y conciliar el desarrollo de la ingeniería genética con el respeto a los Derechos Fundamentales e inalienables del hombre”.

se subrogara en el consentimiento, lo cual en todo caso hizo la sentencia de primera instancia. Claramente tal pretensión sobrepasa los linderos de la lógica, en el entendido que si lo querido era aclarar la filiación debió acudirse al procedimiento contencioso diseñado para tal fin, que aunque vetusto en algunos aspectos, sigue siendo la solución más garantista. En otras palabras, en el supuesto de que se hubiera evacuado la prueba extrajudicialmente y la misma arrojara como resultado la existencia del nexo filial, tal efecto sólo sería vinculante para la conciencia del padre de reconocer o no al hijo, pudiendo en todo caso, fungir como una prueba preconstituida en un hipotético juicio de filiación. En el supuesto contrario de excluirse la paternidad del adolescente, la interrogante yacería en precisar qué pasaría con la niña que seguiría sin el establecimiento de su filiación que justamente es lo que debe tutelarse en primer término. En definitiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer en amparo de la decisión de la alzada que ratifica la sentencia de primera instancia por consideraciones de forma, fija como posición lo que sigue:

...de la revisión minuciosa de las actuaciones que integran el expediente, la Sala evidencia que en el presente caso se cometió una inexcusable violación al orden público constitucional, por cuanto se tramitó por jurisdicción voluntaria –a través de una solicitud de autorización judicial para la práctica de una prueba de ADN– lo que es un asunto esencialmente contencioso, como es la determinación de la filiación de un niño, materia esta que, de conformidad con el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debe tramitarse a través del procedimiento contencioso en Asuntos de Familias y Patrimoniales, previsto en el Capítulo IV de la referida ley especial, normativa que atañe al orden público, en razón de lo cual no puede ser relajada por la voluntad de los particulares, ni por los auxiliares de justicia y mucho menos por los órganos jurisdiccionales¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2491, de fecha 21 de diciembre de 2007, Exp. N° 2007-0730. Consultada en www.tsj.gov.ve. Puede leerse extracto en Zuleta de Merchán: ob. cit. (**Visión de género en la doctrina de Sala Constitucional**), pp. 450 y ss.

Debemos indicar que resulta imprescindible comentar que para la fecha del fallo *supra* citado, se encontraba en vigencia la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que es de septiembre de 2007, y donde se incorpora como “novedad” la posibilidad de realizar la experticia científica bajo un trámite llevado por el Registro del Estado Civil, es decir, en sede administrativa, lamentablemente la Sala pasa desapercibido tal hecho y no incorpora en su decisión las implicaciones del procedimiento regulado en la referida Ley¹⁶⁹.

Conclusiones

Aunque resulta trillado e inocente que las meditaciones aquí expuestas ronde alrededor de un exhorto al asambleísta, en el sentido que actualice por vía legislativa esta materia de trascendente significado para la construcción de un verdadero Estado democrático y social de derecho y de justicia, no se quiere que ni por asomo se piense que se es cómplice silencioso del talante indiferente del parlamento, por ello demandamos una oportuna y adecuada regulación que modernice nuestro derecho de familia y lo enfile al siglo XXI y de ocurrir tal obsequio se aspira a que la propuesta no sea improvisada sino producto de reflexiones circunspectas, fruto del hoy esquivo consenso¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Para mayor información sobre dicho procedimiento puede consultarse con provecho a Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de derecho de familia**), pp. 331 y ss.

¹⁷⁰ Resulta atinado recordar las palabras siempre sabias de Ossorio y Gallardo, Ángel: **El alma de la toga**. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2006, p. 221, quien refiriéndose exclusivamente al parlamento español de su época llega a indicar una experiencia que resuena como oráculo: “El Parlamento es un pugilato de codicias, un alarde de bizantinismo, una exhibición de incompetencia, un comadreo repulsivo. Nada pesan allí los problemas que encienden a la Humanidad, ni las necesidades evidentes, ni las tempestades de la opinión, ni los peligros de la Patria. Como si entre el mundo y el Salón de Sesiones hubiese una muralla infranqueable, mientras allá el Universo sufre terribles convulsiones, aquí unos cuantos señores ventilan querellas ínfimas, niegan al adversario toda justicia, invierten sesiones enteras en debatir *tiquis miquis* reglamentarios. El sentido de la verdad está ausente, y en eliminarle se distinguen por derecha e izquierda grupos de la más cerril intransigencia dialéctica. Todo es artificio, convencionalismo, laxitud, indiferencia y rebajamiento”.

Por lo demás, ha quedado suficientemente claro que en lo que se refiere al tema de la filiación el asunto ha rebasado la codificación remozada en 1982, y que al día de hoy, surgen nuevas premisas para entender dicha relación familiar. En ese contexto, el principio de unidad de filiación, eje central de la disertación, permite en gran sentido superar las actuales anacronías y desventuras, para así ajustar la legislación al mandato constitucional que obliga a proscribir inmediatamente cualquier tratamiento que sea discriminatorio por regular de forma desigual a los iguales.

Es justamente el principio de unidad el que fundamenta la tesis de una expansión normativa de la presunción de paternidad contenida en el artículo 201 del Código Civil a las uniones estables de hecho, ya que los elementos que soportan su aplicación en el matrimonio son uniformes en las uniones de facto; igualmente es el anterior principio el que exige superar las distinciones entre las formas de inquirir judicialmente la filiación, pretensiones que demanda adecuarlas a lo realmente debatido, que no es otro misterio que la existencia del nexo biológico, o al menos en la mayoría de los casos. Es también el prisma de la unidad el que justifica la exigencia de una receta uniforme en cuanto a los derechos y deberes que emergen para el padre y la madre, apreciando que es igualdad lo que aspira el ordenamiento jurídico, es decir, identidad en la responsabilidad del rol que implica ser progenitor, ello evidentemente en beneficio del hijo y en general de la familia.

Obviamente, el principio en comentario no representa la panacea que resuelve todos los males según su respetable criterio, ello porque irreflexivamente existen flexibilizaciones que obtienen soporte en otros principios vinculantes, pero sí personifica la regla general que debe sobresalir a la hora de un debate que envuelva el régimen de la filiación. Sólo queda cerrar afirmando que las menudas propuestas antes explanadas pueden ser que reciban cierta recepción por los operadores y ésta es la intención al efectuarlas, mas sobre ellas se espera ante todo que sean apropiadamente debatidas y que de dicho proceso examinador se alimente el legislador a la hora de realizar la anhelada renovación del derecho de familia que nos merecemos y que ciertamente favorecerán a todos en la medida que atienda las insinuaciones que la abundante doctrina especializada ha plasmado sin mezquindad.