

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

LA FILIACIÓN PATERNA
Consideraciones sobre el nuevo régimen legal
y su fundamento constitucional

RAMÓN ALFREDO AGUILAR CAMERO

Caracas, 2013

LA FILIACIÓN PATERNA

Consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional

© Ramón Alfredo Aguilar Camero

© Universidad Central de Venezuela.

Responsable de la edición: Zoraida Pereira

Corrección, diseño y montaje electrónico: YPM

Diseño de portada: Luis Amado De Sousa

Fotolito: Espacio Digital JR, C.A

Impresión:

ISBN 978-980-00-2715-8

Depósito Legal : lf86620129002468

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento sin la autorización escrita de los titulares del derecho de autor, so pena de las sanciones establecidas en las leyes.



UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Cecilia García Arocha
Rectora

Nicolás Bianco
Vicerrector Académico

Bernardo Méndez
Vicerrector Administrativo

Amalio Belmonte
Secretario

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Irma Behrens de Bunimov
Decana (E)

Eloísa Avellaneda
Director de Coordinación Académica

Wilmen Romero
Director de Coordinación Administrativa (E)

Lourdes Wills Rivera
Directora de Coordinación de Investigación

Santo Morrone
Director de Coordinación de Extensión (E)

Elsie Rosales
Directora del Centro de Estudios de Postgrado

Yaritza Pérez Pacheco
Directora de la Escuela de Derecho (E)

Eladio Hernández M.
Director de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

María Luisa Tosta
Directora del Instituto de Derecho Privado

Alfredo Arismendi
Director del Instituto de Derecho Público

Carmelo Borrego
Director del Instituto de Ciencias Penales

Rodolfo Magallanes
Director del Instituto de Estudios Políticos (E)

ACTA DE ASCENSO

Quienes suscriben, MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN, LOURDES WILLS RIVERA y CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ, miembros del Jurado designado por el Consejo de la Facultad y por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela para evaluar el trabajo de ascenso y la clase magistral conforme al Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, presentado por el profesor RAMÓN ALFREDO AGUILAR CAMERO, titular de la C.I. N° 9.413.450, a los fines de su ascenso en el escalafón universitario a la categoría de ASISTENTE, dejan constancia de lo siguiente:

1. Leído como fue, por cada una de los miembros del Jurado, el trabajo de ascenso titulado “CONSIDERACIONES SOBRE LOS AVANCES CIENTÍFICOS Y NUEVAS NORMATIVAS EN MATERIA DE ESTABLECIMIENTO, DESCONOCIMIENTO E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA”, se fijó el día viernes veinticuatro (24) de febrero de 2012, a las ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m), para que el autor lo expusiera en forma pública, lo que éste hizo en la Sala de Conferencias del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; mediante una exposición oral de su contenido, luego de lo cual respondió satisfactoriamente a las preguntas que le fueron formuladas.

2. Seguidamente, en esa misma fecha, siendo las 10:45 a.m, se dio inicial a la clase magistral. Efectuado el sorteo público del tema, resultó el tema “EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE LA PERSONA. NORMAS DISPOSITIVAS Y NORMAS IMPERATIVAS; SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL I”, correspondiente al número uno (1) del respectivo programa aprobado por el Consejo de la Facultad. Acto seguido, el profesor procedió a realizar una exposición pública del tema durante una (1) hora y al finalizar respondió satisfactoriamente las preguntas realizadas por el Jurado. Todo de conformidad con el Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela.

3.- Una vez finalizadas las pruebas del trabajo de ascenso y la clase magistral, el Jurado sin hacerse solidario de las ideas expuestas previa deliberación decidió calificarlas de SUFICIENTE, por considerar que ambos reúnen los requisitos establecidos del citado Reglamento, a saber, conocimiento del tema y competencia pedagógica. Así mismo, el trabajo presentado constituye un

esfuerzo personal del autor, cuyo enfoque, análisis, metodología y bibliografía representa un valioso aporte que sistematiza un área importante de la materia del Derecho Civil I (Personas). Así mismo, el Jurado por unanimidad decidió otorgar *mención honorífica* y recomendar su *publicación*.

En fe de ello, se levanta la presente acta en Caracas, a los 24 días del mes de febrero de 2012. Se deja constancia que actuó como Coordinadora del Jurado la profesora María Candelaria Domínguez Guillén.

Prof. Lourdes Wills Rivera

Prof. Claudia Madrid Martínez

Prof. María Candelaria Domínguez Guillén
(Tutora-Coordinadora)

La idea central que preside y gobierna la economía de todo el sistema legislativo en vigor, es que el hijo tiene derecho de conocer a sus progenitores. Es inhumano, antisocial y duro negarle ese derecho o establecer limitaciones y trabas a su ejercicio fundadas en consideraciones inspiradas por una falsa moralidad que repudia la solidaridad social y los impulsos más elementales del sentimiento mismo

Luis Loreto

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN	15
Capítulo I	
ASPECTOS GENERALES ACERCA DE LA FILIACIÓN	21
1. Noción.....	21
2. La filiación biológica y los adelantos científicos.....	22
3. Filiación matrimonial y extramatrimonial. Hacia la abolición de la discriminación legal	26
4. Antecedentes y evolución del tratamiento legislativo de la filiación paterna extramatrimonial.....	29
Capítulo II	
ESTABLECIMIENTO INICIAL DE LA FILIACIÓN PATERNA.....	35
1. Sistema tradicional.....	35
1.1. Establecimiento de la filiación paterna matrimonial.....	35
1.2. Establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial. El reconocimiento voluntario.....	39
2. Establecimiento (reconocimiento) forzoso de la filiación paterna	42
3. Nuevo sistema de establecimiento inicial de la paternidad	43
3.1. Del dicho de la madre como fuente de presunción de paternidad.....	43
3.2. Del establecimiento de la paternidad en los casos de inscripción del niño por persona distinta a los padres.....	69
3.3. Del establecimiento y reconocimiento del hijo de mujer casada, por un hombre distinto al esposo.....	72
Capítulo III	
DESCONOCIMIENTO E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD	81
1. Desconocimiento e impugnación de la paternidad “matrimonial”	81
1.1. Desconocimiento por simple denegación	82
1.2. Improcedencia del desconocimiento por simple denegación ante la existencia de las pruebas para determinar la verdad biológica	83
2. Desconocimiento de la paternidad matrimonial por inexistencia de vínculo biológico	89
3. Desconocimiento e impugnación de la paternidad no matrimonial. Inexistencia de vínculo biológico	91
4. Casos en los que no procede el desconocimiento o impugnación de la paternidad legal por inexistencia de vínculo biológico. Filiación legal vs. Filiación biológica.....	92
4.1. La adopción.....	94
4.2. Reproducción asistida	96
4.2.1. Inseminación con semen de donante (inseminación heteróloga).....	97
4.2.2. Inseminación <i>Post Mortem</i>	99

4.2.3. Inseminación fraudulenta	102
4.3. Partida de nacimiento conforme a la posesión de estado.....	106
4.4. Hijo producto de incesto o violación.....	110
Capítulo IV	
ALGUNOS ASPECTOS ADJETIVOS RELEVANTES EN LOS PROCESOS FILIATORIOS.....	113
1. Respecto de la caducidad para el ejercicio de la impugnación de la paternidad matri- monial	113
1.1. Necesidad de igual tratamiento en los procesos de desconocimiento o impugnación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial	116
1.2. El lapso de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial debe suprimirse, o en su defecto, contarse a partir de que el padre legal tenga conocimiento de no ser el padre biológico	118
1.3. La caducidad de la acción y el interés superior del niño	122
2. La prueba heredobiológica en los juicios de inquisición o impugnación de la paternidad	125
2.1. Prueba biológica vs. Posesión de estado.....	125
2.2. Obligatoria aplicación de la prueba biológica en los juicios filiatorios. ¿Aplicación <i>manu militari</i> ?	128
2.3. El concurso de voluntades como mecanismo procesal de modificación de la filiación legal.....	133
CONCLUSIONES.....	139
MATERIAL DE REFERENCIA.....	141

ABREVIATURAS

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
CC	Código Civil Venezolano
CeSAAN	Centro de Secuenciación y Análisis de Ácidos Nucléicos (del IVIC)
CP	Código Penal
CSTPNAAMCNAI	Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional
IVIC	Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas
LORC	Ley Orgánica del Registro Civil
LOPNNA	Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente
LPFMP	Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
SC	Sala Constitucional
SCC	Sala de Casación Civil
SCS	Sala de Casación Social

INTRODUCCIÓN

Con la reforma del Código Civil Venezolano (CC) de 1982¹, nuestro país se incorporó al proceso de cambio del derecho de familia iniciado luego de la segunda guerra mundial y de tendencia prácticamente universal², que entre otros aspectos se dirigió al reconocimiento y desarrollo del derecho a la igualdad de las personas, elevado a la categoría de derecho humano fundamental en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre³ y también reconocido para ese momento (1982) como derecho constitucional en el preámbulo de nuestra Carta Fundamental de 1961⁴. Se instituyó así la igualdad entre los sexos⁵ en relevantes aspectos familiares, como el matrimonio, la autoridad marital, la administración de los bienes comunes y la potestad sobre los hijos⁶. Dentro de esos aspectos equiparadores, destacó

1 Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

2 NIKKEN, Pedro. *Viejos y nuevos problemas en torno al papel de la posesión de estado*. En Libro homenaje a José Melich Orsini. Vol 2. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1.983, p. 645

3 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Consultado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> el 29 de septiembre de 2009.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 662, Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961.

5 Es de uso común la palabra “género” en alusión a los sexos, aún en expresiones legales como “violencia de género”; sin embargo debe advertirse que conforme al Diccionario de la Lengua Española en su Vigésima Tercera Edición (<http://buscon.rae.es/draeI/>), debería emplearse siempre la palabra sexo, pues es ésta la que refiere a la “Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”, y consecuentemente de los seres humanos, mientras que el vocablo ‘género’, corresponde a “Clase a la que pertenece un nombre sustantivo o un pronombre por el hecho de concertar con él una forma y, generalmente solo una, de la flexión del adjetivo y del pronombre”, por lo cual cualquier sustantivo (la silla, el portón) posee género (masculino femenino o neutro), lo que no necesariamente implica que posean condición sexual.

6 Conforme a la exposición de motivos de la reforma, se avanzó “hacia la realización del valor de la igualdad de los padres en el ejercicio de la patria potestad, igualdad de los esposos en el ámbito de los derechos y deberes dentro del matrimonio y en el de las relaciones pecuniarias determinadas por el régimen de bienes. Igualdad concebida por la vía de consolidación de la familia célula básica de la sociedad”. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos y proyecto de ley de reforma parcial del Código Civil. Caracas: Imprenta del Congreso de la República, 1981.

como cambio significativo, el régimen de tratamiento de la institución de la filiación, consagrándose el principio de la unidad e igualdad de filiación⁷, que proscribe la discriminación o distinción de derechos o tratamiento legal entre los hijos matrimoniales y los hijos productos de uniones no matrimoniales, hasta entonces diferenciados legislativa y popularmente en “legítimos” e “ilegítimos”⁸, e incluso subclasificaciones de estos últimos, distinguiendo entre “hijos naturales” (que aun no siendo de una unión matrimonial, habían sido reconocidos); hijos “ilegítimos propiamente dichos” (que podían ser reconocidos); e hijos de “dañoso ayuntamiento” (hijos adúlteros, incestuosos y sacrílegos)⁹.

En la misma reforma de 1982 y respecto al tema que nos ocupa, se innovó positivamente al permitirse el reconocimiento y la posibilidad de inquisición de la paternidad de los hijos no matrimoniales sin discriminación alguna (incluso de los adúlteros o sacrílegos) y se avanzó considerablemente en la regulación de la búsqueda de la verdad biológica en el establecimiento de la filiación, dando cabida a “todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y hereditarias que hayan sido consentidos por el demandado” (art. 210 CC), destacando, sin embargo, la circunstancia que, junto e incluso por sobre el reconocimiento de esa verdad biológica se concede en el Código Civil de 1982 fundamental importancia a la figura de la posesión de estado, atendiendo así, no sólo a aquella verdad biológica, sino también, y en ocasiones de manera preeminente, a una verdad familiar y fundamentalmente sociológica: “Padre es el que cría”¹⁰.

Ahora, a más de cinco lustros de la referida reforma nos encontramos ante otras realidades científicas y jurídicas:

7 Véase sobre esto: RAMOS S., César José. *Unidad y Verdad de la Filiación*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-1. Caracas: Servicio Gráfico Editorial S.A., enero-marzo 1.983, Año 1, N° 1, pp. 113-143.

8 Tal ha sido históricamente el ánimo de discriminación, que incluso dentro de la clasificación de hijos ilegítimos, en España se llegó a distinguir entre “ilegítimos naturales”, para hacer alusión a “los naturales”, que correspondía a “los habidos por padres que no podían haber estado casados entre sí, como, por ejemplo, cuando una estaba ya casado con tercera persona”. (ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*. Undécima Edición. Madrid: Edisofer, S.L. Libros Jurídicos, 2.008, p. 226).

9 ALVAREZ, Tulio Alberto. *Antecedentes y Evolución de la Legislación sobre la Filiación ilegítima en Venezuela*. En Revista de la Facultad de Derecho N°. 30. Caracas: Editorial Sucre. Facultad de Derecho UCAB, 1980, p 346.

10 NIKKEN, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 650

Por una parte, la ciencia ha alcanzado un significativo grado de avance y desarrollo que permite a través de la prueba comparativa de los perfiles de ADN establecer con virtual certeza (99,98%) la relación paterno-filial entre dos personas, adelantando con creces en términos científicos, técnicos y de convicción jurídica, las ya superadas pruebas antropomórficas¹¹ o las pruebas hematológicas¹² que sólo tenían carácter de certeza negativa o excluyente, pero que no permitían confirmar positivamente la paternidad pretendida. Encontrándonos ahora, ante una situación material y jurídica, inexistente o cuando menos inaccesible para el año 1982: la posibilidad real y efectiva de determinar con certeza a través de pruebas legalmente reconocidas, la existencia o no del vínculo filial biológico o natural entre dos personas.

Paralelamente, en nuestro derecho positivo encontramos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999¹³ consagró expresamente en su artículo 56, el derecho de toda persona a “un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos”, concluyendo la misma norma con el mandato o garantía según la cual: “El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad” y “a obtener documentos públicos que comprueben (la) identidad biológica, de conformidad con la ley”, con lo que se eleva a rango constitucional¹⁴ el derecho a la investigación de la filiación biológica y el

11 “Esta prueba está constituida por el análisis comparativo de los signos biotipológicos y fisiológicos que representan el llamado aire de familia o rúbrica genealógica y fue la estrella, es más la prueba fundamental, en los sistemas germanos (alemán, suizo y austríaco) hasta que la prueba hematológica lo desplazó”. (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Perú: Universidad de Lima – Fondo de Cultura Económica Perú, 1999, p. 138). El mismo autor destaca dentro de estos caracteres antropomórficos, los craneales, del tronco y de los miembros y prolongaciones, y sobre ellos los análisis o pruebas de “odontología legal”; “examen radiológico vertebral” y la “dermopapiloscopía” (comparación de rasgos de las impresiones dactilares transmitidos genéticamente).

12 Estas pruebas basadas en la comprobación de los antígenos sanguíneos, permiten establecer la compatibilidad o no entre los antígenos o factores de grupo sanguíneo entre los supuestos padre e hijo, pudiendo constatar la imposibilidad o exclusión de la paternidad, empero en caso de determinarse compatibilidad, la misma tiene sólo carácter relativo, pues no garantiza en forma absoluta la paternidad investigada.

13 Publicada originalmente en Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa con modificaciones en Gaceta Oficial N° 5.453 (Extraordinaria) de fecha 24 de marzo del 2000, y enmendada y publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria del 19 de febrero de 2009.

14 La Constitución venezolana de 1961, disponía en su artículo 75 que: “*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 abuso*” <subrayado nuestro>. Con lo cual se entendía implícito el derecho de averiguar la filiación biológica, sin embargo, la regulación, contenido y alcance de tal derecho o garantía se delegaba

derecho a la identidad biológica, principios jurídicos de rango *supra* legal que indefectiblemente obligan a la revisión, reinterpretación y –posiblemente– a la desaplicación de las normas legales que regulan tales derechos y garantías, en especial, las que prevén el carácter presuntivo de la filiación paterna, las que imponen lapsos de caducidad para el ejercicio de acciones relativas a la filiación, las que hacen privar la existencia de posesión de estado sobre las pruebas heredobiológicas, e incluso, las que permiten la negativa a realizarse estas pruebas, conformándose con convertir dicha negativa en una mera presunción en contra del contumaz¹⁵.

También en el ámbito normativo, encontramos que con fundamento en las enunciadas garantías constitucionales, en el año 2007, se dictó y entró en vigencia la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad¹⁶ (LPFMP), que constituye un notable giro legislativo y sin duda alguna podría representar un absoluto cambio de paradigmas en materia de establecimiento de la filiación paterna no matrimonial, que ahora, no dependerá exclusivamente del reconocimiento voluntario o forzoso por parte del padre. Esto es, en contraste y derogación de la antigua norma que prohibía en caso de hijos extramatrimoniales, la identificación en la partida o acta de nacimiento del nombre del padre, salvo su personal¹⁷ y voluntaria comparecencia al acto de presentación (art. 468CC¹⁸); ahora, no sólo se permite tal señalamiento, sino que conforme al artículo 21 LPFMP, se exige con carácter obligatorio que la madre al momento de presentar a su hijo no matrimonial ante el registro civil, indique *nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del*

al legislador, circunstancia que si bien, a nuestro entender en ningún caso podía constituirse en una negación del derecho; en la práctica permitió su limitación a los casos y condiciones previstas en el Código Civil, ahora incrementados positivamente a través de la comentada reforma de 1982.

15 “Se ha abierto paso en el derecho a un concepto que a poco andar ha ido arraigándose fuertemente; es el de privilegiar la ‘verdad biológica real’ por sobre la realidad formal.

Ello no sólo permite cuestionar la vieja regla *pater is est quem nuptiae demonstrant* por *ñ sunt quos sanguis demonstrat*, sino también el tipo de presunciones que rigen la filiación, la eventual legitimación activa, los plazos de caducidad, etc.

Esta noción de que la verdad real debe prevalecer sobre la formal ha ido tiñendo toda la legislación moderna”. DI LELLA, Pedro. *Paternidad y Pruebas Biológicas: Recaudos y Cuestionamientos*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1997, p. 75.

16 Publicada en Gaceta Oficial N° 38.773 de fecha 20 de Septiembre de 2007.

17 “o por medio de mandatario auténticamente constituido”

18 Esta norma ha sido derogada tácitamente por el artículo 21 LPFMP y expresamente por la disposición regulatoria SEGUNDA de la Ley Orgánica de Registro Civil.

mismo, en lo que, a nuestro entender y según se desarrollará seguidamente, constituye una suerte de establecimiento presunto de la paternidad, derivado exclusivamente de dicha declaración materna.

En la misma sintonía y también atendiendo al mandato constitucional aludido (art. 56), la novel Ley Orgánica de Registro Civil (LORC)¹⁹, en su artículo 93 dispone que *Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, omitiendo el estado civil de los mismos*; aproximándonos –ahora sí– a la absoluta abolición de la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. El mismo texto legal además, dispone la obligación de indicar siempre la identificación del padre (y de la madre), sin exigir que tal identificación provenga de un acto expreso de reconocimiento.

En este contexto, nos proponemos la revisión de las figuras relativas al establecimiento, desconocimiento e impugnación de la filiación paterna, atendiendo los mandatos dimanados de nuestra vigente Constitución, la contundencia probatoria de los avances científicos ya enunciados y el impacto de la nueva normativa que regula la materia en nuestro país. Para ello nos respaldamos en lo posible, en legislación y doctrina de derecho nacional y comparado, sin perder de vista la posición de nuestros tribunales especializados y de las Salas de Casación Social (SCS) y Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia.

Debemos advertir que por la complejidad del tema y la posibilidad de separación práctica, hemos excluido adrede la materia relativa a la filiación materna, también impactada –incuestionablemente– hoy en día, en razón de los avances científicos que permiten diversas formas de concepción, a través de la inseminación artificial o reproducción asistida, llegando hasta el complejo tema de las madres subrogadas o “vientre en alquiler”, todo lo cual, además de adolecer de normativa expresa en nuestra legislación, amerita una concienzuda revisión jurídica, ética y moral, que en mucho excede las pretensiones científicas de este trabajo.

Resulta prudente aclarar que no nos proponemos un análisis exhaustivo, ni mucho menos el agotamiento del tema de la filiación paterna, sino más bien, la exposición de algunas reflexiones que contribuyan a incentivar el necesario debate de este aspecto de actualidad social y jurídica, que con humildad nos permitimos revisar y exponer.

19 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.264 de fecha 16 de septiembre de 2009, y en vigencia desde el 15 de marzo de 2010.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES ACERCA DE LA FILIACIÓN

1. Noción

Entendemos la filiación como el vínculo natural y jurídico que existe entre los padres, o cada uno individualmente considerado, y el respectivo hijo²⁰. Se trata de una institución que tiene su origen en el derecho natural, en la sustancia misma del hombre que lo lleva a conceder importancia al hecho biológico de la concepción y nacimiento de sus hijos, creando un vínculo que trasciende durante toda la vida de ambos, e incluso después de está. “La naturaleza y el orden jurídico reclaman así el derecho de toda persona a tener un padre y una madre, esto es a la necesidad de una figura ‘paterna’ constituida por un ‘hombre’ y una figura ‘materna’ constituida por una ‘mujer’. Necesidad que se deriva en un importante derecho para el niño según el artículo 56 de la Carta Magna, así como el derecho del hijo a ser cuidado por los padres, de conformidad con los artículos 75 y 76 eiusdem”²¹.

Aún cuando la palabra “filiación” deriva del latín “*Filius Filie*”, que significa “hijo”, la describimos como un “vínculo”, por lo que al hablar de ésta debe tenerse siempre presente la existencia de dos partes, el progenitor (padre y/o madre) y el respectivo hijo, de manera que igualmente debe considerarse desde la perspectiva de los progenitores, y en tal sentido, mantener conciencia de que la filiación también interesa y genera derechos

20 “La filiación se limita a la relación inmediata de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo (LOPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia*. Tomo II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p.265). Para Planiol y Ripet, citados por Carolina Santamaría, es “la línea de descendencia que existe entre dos personas donde una es el padre o la madre del otro” (SANTAMARIA ARCHILA, Carolina. *Filiación Extramatrimonial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1.980, p. 13).

21 DOMINGUEZ GUILLEN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Colección Estudios Jurídicos, N° 20, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008, p. 214. Véase también sobre la filiación: BOCARANDA ESPINOZA, Juan José. *Guía Informática Derecho de Familia*. Caracas: Tipografía Principios, 1994, T. I, pp. 141-143 (los estados familiares); D’ JESÚS, Antonio. *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas: Paredes Editores, 1.991, pp. 104-146.

a los padres, cuya paternidad y maternidad son objeto de protección por el ya enunciado artículo 76 Constitucional²².

Tradicionalmente se ha clasificado la filiación en dos distintos sentidos: atendiendo al progenitor que se considere, distinguiendo la filiación materna o *maternidad*, de la filiación paterna o *paternidad*; y en atención a la existencia o no de un vínculo matrimonial entre los progenitores, distinguiendo entre *filiación matrimonial* y *filiación extra matrimonial*. Adicionalmente, y en sentido estrictamente técnico jurídico, también debe distinguirse entre *filiación biológica o natural*²³ y *filiación legal*, entendiendo la primera como la vinculación real, sanguínea o biológica entre el progenitor y el hijo, entre procreador y procreado; y la segunda, como la filiación que ha sido reconocida, establecida o declarada por mandato legal²⁴, indistintamente que coincida o no con la biológica, como ocurre por ejemplo (de falta de correspondencia) con la adopción, la inseminación artificial heteróloga, y las derivadas exclusiva y falsamente de presunciones legales. Como se ha indicado, nos enfocamos en el presente trabajo al estudio jurídico de la filiación paterna, con especial atención a la necesaria coincidencia que debería existir en la mayoría de los casos, entre la filiación biológica y la legal²⁵.

2. La Filiación biológica y los adelantos científicos

A lo largo del presente trabajo se constata la preponderancia que nuestro Código Civil concede a la realidad familiar y social, sustentando el sistema de establecimiento de la filiación paterna en presunciones derivadas de circunstancias fácticas y/o jurídicas como la vinculación matrimonial del presunto

22 Esta consideración debe mantenerse presente en el estudio de la institución, pues la doctrina y la jurisprudencia parecieran inclinarse en la mayoría de los casos a la protección o beneficio exclusivo del hijo, obviando que la maternidad y la paternidad también poseen protección constitucional.

23 Al referirnos a la filiación natural, no utilizamos el término en la forma ya abandonada por el legislador y de lamentable uso frecuente, que denomina de esta manera a los hijos extramatrimoniales para distinguirlos de los matrimoniales (otrora denominados legítimos), sino para hacer referencia a la filiación real, a la derivada de la verdadera existencia de un vínculo de sangre -biológico- entre padre e hijo.

24 “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 base en un hecho natural como es la procreación, y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas; de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica. La filiación jurídica, a diferencia de la filiación biológica no siempre existe, ya que el Derecho, para reconocer efectos jurídicos al hecho natural de la procreación, requiere comprobación”. GRISANTI AVELEDO, Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2008, p. 323.

25 Conforme a la norma del artículo 56 Constitucional

padre con la madre, la cohabitación de aquél con la madre en la época de la concepción, así como el comportamiento familiar desarrollado en el tiempo entre el supuesto padre y el supuesto hijo, a través del trato recíprocamente dispensado y el reconocimiento o constatación de ese trato por parte de la familia y la sociedad, en lo que conocemos como “posesión de estado”. Estos mecanismos aún vigentes, consiguen o conseguían razón teleológica en el contexto histórico-social en que fueron producidos y especialmente en la finalidad de establecer la filiación biológica de alguna manera racional y aceptable, a pesar de la imposibilidad material de dicha determinación, es decir, ante la otrora imposibilidad jurídica y científica de prueba directa²⁶.

A esta realidad normativa explanada en el Código Civil, se contraponen la realidad científica que desde la década de los ochenta (80') ha obtenido una técnica segura en la determinación positiva de la paternidad²⁷ que “se sustenta en el principio de que el ADN del cuerpo de una persona es idéntico debido a que cada una de las células se ha derivado de la primera célula formada por la unión del óvulo y el espermatozoide. A la vez, el ADN de un individuo jamás será igual al de otro que haya vivido, viva o vaya a vivir (con excepción de los gemelos idénticos). Esto quiere decir que ninguna persona comparte la misma pauta genética que otra persona”²⁸. La técnica consiste en términos coloquiales en la desfragmentación del ADN, analizando cada sección individualmente de manera que se llega a precisar el origen hereditario de cada uno²⁹, con lo cual, “estudiando el ADN del niño, los fragmentos no presentes en la madre deberán estar necesariamente en el otro progenitor, determinándose, de manera indubitable, la existencia del nexo biológico o su exclusión”³⁰.

26 Adicionalmente, no cabe duda que el reseñado sistema, también se sustenta en la necesidad de mantener la seguridad jurídica y social que sirven de sustento a las relaciones familiares, aunque esta paz requiera, algunas veces, marginar la efectiva filiación biológica

27 VARSÍ, Enrique. *Ob. Cit.*, pp. 161.

28 *Ibidem*.

29 Cuando nos referimos a identificación genética humana, estamos hablando de regiones ubicadas en distintos cromosomas, que presentan cierta variabilidad en la población. La variabilidad debe ser tal, que dos personas cualesquiera, a excepción de gemelos univitelinos, puedan ser distinguidas. A partir de las moléculas de ADN, el *Centro de Secuenciación y Análisis de Ácidos Nucleicos (CeSAAN)* del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), es capaz de lograr resultados informativos tan característicos, que son comparables hasta cierto punto con los obtenidos de las impresiones digitales. En: <http://www.ivic.gob.ve/index.php> Consultado el 03 de enero de 2010.

30 VARSÍ, Enrique. *Ob. Cit.*, p. 161.

Este sistema, a diferencia de otros que también se sustentan en las leyes de Mendel, permite no sólo la exclusión de paternidad, sino que conlleva a la determinación o comprobación positiva de ésta, convirtiéndose en un mecanismo confiable de certeza de paternidad. Se trata de una prueba versátil, que ni siquiera requiere de la sangre, pues puede verificarse sobre muestras de otros fluidos e incluso sobre cadáveres, resultando eficaz aún en casos complejos como los de incestos o de discusión de paternidad que involucre a hermanos o individuos de la misma familia. Se constituye entonces, en un procedimiento técnico más o menos sencillo y más económico que otras pruebas que en conjunto debían realizarse en el pasado para obtener cierto grado de certeza. Así, la única desventaja o riesgo de estas pruebas consistirían en la impericia o inadecuación de los equipos, laboratorios o personal que las verifiquen, circunstancias que en caso de dudas podrían ser enervadas con la re-aplicación de la prueba o la utilización de diversos laboratorios o centros científicos³¹. En nuestro país, en la actualidad estas pruebas las verifica en la mayoría de los casos³², el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC)³³, que a través del *Centro de Secuenciación y Análisis de Ácidos Nucleicos (CeSAAN)*, brinda servicios de asesoramiento y secuenciación de ADN y realiza estudios de identificación genética, que conforme a la página Web del instituto: “pone a disposición de los usuarios la identificación genética a través de un sistema de 16 loci STR (Short Tandem Repetition) amplificados mediante los Kits de AmpFISTR Identifier (Applied Biosystems) y Gene Print Power Plex 16 con el cual se puede obtener un índice de paternidad con certeza superior 99 %”³⁴.

31 A finales del siglo pasado, aún se presentaba cierto escepticismo frente al grado de certeza de este tipo de pruebas, exigiéndose por ejemplo la realización de las pruebas, por parte de cómo mínimo dos (2) distintos laboratorios calificados, así como la exigencia de que éstos, contaran con Inmunogenetistas, hematólogos, bioquímicos especializados en enzimas, biólogos moleculares y especialistas en estadísticas o bioestadísticas, además de otras garantías que dieran certeza al juez y a las partes. Para el tema: DI LELLA, Pedro. *Ob. Cit.*, pp. 46-55.

32 Véase el tema referido a decisiones judiciales que ofician a otros entes a los fines de la práctica de dicha prueba: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de Familia...*, Ob. Cit., p. 380, nota 96.

33 La Capacidad técnica del IVIC y su condición como auxiliar de justicia a los fines de la práctica de la experticia científica para la comprobación de la paternidad, ha sido reconocida por la Casación Civil en sentencia de fecha 02 de junio de 1998, y reiterada en sentencia de la Sala de Casación Social N°. 157 del 01-06-00.

34 Negritas y subrayado nuestro. <http://www.ivic.gov.ve/index.php> Consultado el 03 de enero de 2010.

Ante la existencia actual de esta prueba directa de carácter científico y de validez legal, resulta obvio que muchas de las presunciones no serán necesarias o podrían ser rápidamente desvirtuadas, por lo que cabe aceptar la vulnerabilidad del clásico y aún vigente sistema presuntivo, que material y jurídicamente –en la mayoría de los casos- debería ceder ante la prueba directa, cuya utilización resulta en la actualidad como único mecanismo válido para dar cumplimiento a las garantías constitucionales de averiguación de la paternidad y la maternidad y al establecimiento de la identidad biológica, tal y como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008³⁵.

No obstante, aún frente a la contundencia de esta realidad jurídico científica, no puede dejar de considerarse que continúa vigente la normativa basada en el sistema presuntivo, y lo que es más relevante, debe tenerse en cuenta que dicha normativa no sólo se fundamenta en la otrora imposibilidad material de establecer de forma certera la filiación biológica, sino que también constituye el reconocimiento jurídico de una verdad familiar y social, que no en pocas ocasiones, ex profeso se aparta de la realidad biológica³⁶, como ocurre razonablemente en los casos de adopción, inseminación artificial heteróloga consentida por el marido, e incluso, en casos donde el supuesto padre está consciente de que no lo es biológicamente, y sin embargo voluntaria y responsablemente asume el rol paterno ante el hijo, la familia y la sociedad³⁷.

35 “Así pues, resultaría incomprensible admitir que el derecho ante el desarrollo científico actual que permite conocer en un alto grado de certeza la identidad genética de dos individuos, tal avance científico no se corresponda inversamente proporcional al desarrollo en forma directa del derecho, y que éste en definitiva involucre hacia un positivismo desacerbado, a partir del cual se niegue a determinados individuos, la calidad de personas y su verdadera identidad biológica. ()

En otro orden de ideas, aprecia esta Sala que siempre y cuando exista una dualidad de identidades, es decir una contradicción entre la identidad biológica y la legal y, sea posible el conocimiento cierto de la identidad biológica de los ascendientes, ésta debe prevalecer sobre la identidad legal, por cuanto es aquella la que le otorga identidad genética y del conocimiento del ser al hijo respecto a sus ascendientes biológicos”. (Negritas y subrayado nuestro. SC /TSJ. Sent. N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008).

36 “la verdad biológica encuentra sus barreras, v.gr., en el supuesto de la relación incestuosa, art. 125 del C.C. español (*que en nuestro derecho no existe*) o protección de la paz familiar, razón que explica las limitaciones establecidas en la legislación para el ejercicio de las acciones de filiación y la rápida caducidad de las acciones”. Paréntesis y cursivas de la cita. DI LELLA, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 77.

37 Se ha sostenido que “la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico padre y progenitor no son sinónimos. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor. Ibidem, p. 77.

Pasa entonces a debatirse el Derecho, entre el hecho jurídico circunscrito a los breves instantes de la procreación natural -al *llamado de la sangre*-; frente a otra realidad, sostenida en el tiempo y constituida por la conformación día a día de una paternidad vivencial, que aboga por la protección jurídica de la familia y la paz familiar, también garantizada por la carta fundamental, ex artículo 75³⁸.

En el estadio actual, cualquier posición radical seguramente resulta inadecuada, por lo que en cada caso deben analizarse las circunstancias que apunten hacia una u otra solución, motivo por el cual, pretendemos un análisis sistemático y teleológico de la normativa, para proponer las soluciones que nos parecen más adecuadas en ponderación de los múltiples intereses en juego³⁹.

3. Filiación matrimonial y extramatrimonial.

Hacia la abolición de la discriminación legal

Consecuentes con las ideas que de seguidas se exponen, y atendiendo al principio de unidad o igualdad de filiación, contemplado en los artículos 56⁴⁰ y

38 **Artículo 75.-** El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

39 Entre estos intereses en juego destacan la paz familiar, la posesión de estado y el interés superior del niño o adolescente. Y en tal sentido reflexiona Domínguez Guillén: “Es decir, el artículo 56 de la Carta Magna (que no consagra el establecimiento de la filiación legal en atención a la verdad biológica en términos absolutos) establece el derecho de conocer la identidad de los progenitores e investigar la filiación; dicha norma tiene que ser interpretada en sus justos límites, considerando la pertinencia y conveniencia de la realidad biológica de la filiación en cada particular problema filiatorio. Es decir, ha de tenerse en cuenta las normas estudiadas en atención a ciertas reglas o criterios orientadores tales como la preponderancia de la posesión de estado, la importancia de la verdad biológica, el interés superior del menor, la circunstancia de que no siempre coincide filiación legal con biológica en atención a la paz de las relaciones familiares, el carácter de orden público del estado filiatorio que lo sustrae al principio de la autonomía de la voluntad, la libertad probatoria con que cuenta el presunto hijo en cuanto a la acción de inquisición de la paternidad o de la maternidad, el carácter personalísimo del reconocimiento voluntario, la necesidad de encuadrar la impugnación de la filiación en el marco de la normativa correspondiente, las consecuencias que puede acarrear la fertilización asistida ante normas creadas en un tiempo en que éstas no existían, etc. De hecho, algunos de los criterios indicados han de considerarse para la resolución jurídica de la problemática derivada de las técnicas científicas para generar la vida humana”. (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Marfa. *Manual de Derecho de Familia...*, Ob. Cit., pp. 256 y 257).

40 **Artículo 56.-** Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Toda persona tienen derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento

76⁴¹ Constitucionales, consideramos que no debería existir en la actual realidad jurídica, la distinción de tratamiento legal entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, pues respecto de los derechos y deberes que correlativamente surgen del hecho jurídico de la filiación natural, no existe ni debería existir distinción o influencia alguna derivada del estado civil de los progenitores. Los derechos–deberes de cuidado, protección, amor, manutención, convivencia y socorro mutuo son connaturales al hecho de la filiación, así como la vocación hereditaria y el derecho a la legítima, sin que sobre estas relaciones –en la realidad jurídica actual– deba influir el estado civil o la existencia de un vínculo matrimonial entre los progenitores. El estado civil matrimonial de los padres es ajeno al vínculo o situación jurídica entre padre e hijo y cualquier injerencia de aquél sobre el tema de la filiación, resulta o debe resultar jurídicamente impertinente e inaceptable.

Sin embargo, aún cuando es patente el avance legislativo en el sentido de equiparar plenamente a los hijos independientemente del tipo de unión que dio lugar al nacimiento, el Código Civil mantiene diferencias entre ambas “categorías” o tipos de hijos⁴², imponiendo disímiles medios y formas para

y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

41 **Artículo 76.-** La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. 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, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

42 “No obstante la igualdad total querida por la Reforma, desde de ella (a más del artículo 884, burdo supra) el mismo artículo 234 -y también los artículos 201, 209, 210, 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 el natural o ilegítimo. A partir de la Reforma se habla de *hijo durante, dentro, del matrimonio o 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? Para ser congruente con la igualdad, lo correcto hubiera sido que en el articulado se hablara simplemente de *hijos*”. TORRES RIVERO, Arturo Luis. *Mis comentarios y reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*. Vol 1. Colegio de Abogados del Estado Lara. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 48

probar o establecer legalmente el hecho mismo de la filiación, fundamentadas tales diferencias en la presunta correspondencia entre la filiación materna matrimonial y la paternidad del marido, y la imposibilidad de establecer tal presunción de paternidad cuando los progenitores no están unidos por vínculo matrimonial⁴³. Se atiende entonces a elementos presuntivos, a los que se recurre o recurría en razón de la imposibilidad material de constatar la filiación biológica en forma directa y determinante indistintamente del estado civil (matrimonial o no) de la madre. Es así como el sistema probatorio instituido en el Código Civil en materia de filiación paterna, aún hoy, se circunscribe a la voluntad reconocedora del padre y en presunciones legales, derivadas principalmente del hecho del matrimonio y/o de la existencia de posesión de estado⁴⁴.

Según venimos reseñando, esta realidad normativa claramente contrasta con la posibilidad material (científica) de acceder a la verificación de pruebas heredobiológicas comparativas de los perfiles de ADN, a las que se atribuye contundente certeza en el establecimiento de la filiación biológica, con prescindencia e impertinencia absoluta de consideraciones relativas al estado civil matrimonial de los progenitores. Tal contraste por demás, no es sólo de tipo probatorio, sino que se eleva al plano jurídico interpretativo y de aplicación de la ley, cuando ésta se enfrenta al mandato Constitucional que ex artículo 56, garantiza el derecho a investigar la maternidad y la paternidad, y el reconocimiento de la identidad biológica.

43 En tal sentido indica Grisanti Aveledo: “Los elementos de la filiación matrimonial son: el matrimonio de los padres, la maternidad, la paternidad y la concepción dentro del matrimonio. Del concurso de ellos resulta la filiación matrimonial.

Algo diferente ocurre con la filiación extramatrimonial: precisamente porque en esta especie de filiación los progenitores no están vinculados por el matrimonio, el parentesco del hijo extramatrimonial con padre es absolutamente independiente del parentesco que existe entre aquel y su madre. Eso explica que la prueba de la maternidad y de la paternidad extramatrimonial sean autónomas entre sí”. (GRISANTI AVELEDO, Isabel. *Ob. Cit.*, p. 327).

44 “De manera pues que, en el estado actual de nuestro Derecho y no obstante la trascendencia social, económica y jurídica de la paternidad, podemos decir que ésta, en términos generales, sigue siendo una cuestión de creencia más que de ciencia”. (LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 303). El mismo autor en nota a pie de página indica: “Sin embargo, el extraordinario y constante adelanto científico, en relación con la identificación de las personas por sus rasgos biológicos, tanto hematológicos como genéticos, logrado en el siglo XX y que continúa en el actual, permite razonablemente presumir que no está lejano el día cuando por tales vías se pueda determinar con plena exactitud la filiación de las personas, lo cual necesariamente habrá de determinar ajustes y modificaciones correspondientes en los sistemas probatorios legales”.

El denunciado contraste, en nuestro criterio, debe abrir paso a la construcción de nuevas normativas y a un cambio de concepción, que bien podría implicar en el futuro la radical eliminación de la enunciada diferencia de tratamiento legal entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio⁴⁵ (tal y como parece ocurrir en el mencionado artículo 93 LORC, que prohíbe la mención del estado civil de los progenitores en la partida o acta de nacimiento). No obstante, mientras no se erradique definitivamente tal diferencia, aún presente en el Código Civil y especialmente en la mente de muchos abogados y de sectores de la sociedad; a fines de organización del presente trabajo, continuaremos utilizando la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, para revisar en cada caso las situaciones y soluciones jurídicas aplicables para el establecimiento de la filiación y su desconocimiento o impugnación.

4. Antecedentes y evolución del tratamiento legislativo de la filiación paterna extramatrimonial

Antes de verificar los actuales mecanismos de establecimiento de la filiación paterna y como premisa fundamental para el sereno entendimiento del avance progresivo de las instituciones y las conclusiones a que se pueda arribar, consideramos insoslayable la revisión del desenvolvimiento y desarrollo histórico del tratamiento otorgado por la legislación al tema del establecimiento de la paternidad en los casos de hijos no nacidos en el seno de una unión matrimonial, otrora denominados, “ilegítimos” y/o “naturales” y aún hoy, como “extramatrimoniales”. En tal sentido, partiendo de la revisión de la legislación patria desde la independencia y basados en buena parte en ilustrativo trabajo del Dr. Tulio Alberto Álvarez⁴⁶, nos permitimos reseñar en términos por demás resumidos, lo siguiente:

De la Independencia a 1862: En las Partidas, vigentes en materia civil aún luego de la declaración de independencia, se distinguía entre hijos

45 Para ALBALADEJO la diferenciación no resulta discriminatoria y en tal sentido expresa: “Cuando los padres estén legalmente determinados, la ley les liga en un estado de filiación con el hijo, estado en el que en todo caso y para todos los hijos, sus derechos son los mismos, con lo que no hay diferencia ni discriminación entre unos hijos y otros. Pero ello no obsta a que, como los padres pueden estar casados entre sí o no, si no lo están, el hijo no pueda serlo de un matrimonio que falta, y por ello se le denomine *no matrimonial*. Lo que no es inexacto ni ofensivo ni discriminatorio. Lo ofensivo sería llamarlos ilegítimos. Llamarlos no matrimoniales es constatar el hecho de que sus padres no están casados”. ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit., p. 210.

46 ALVAREZ, Tulio Alberto. Ob. Cit.

legítimos (habidos de unión matrimonial) y naturales (concebidos entre personas no unidas por vínculo matrimonial), permitiéndose exclusivamente la legitimación por subsiguiente matrimonio respecto de los hijos, siempre que sus padres hubieran podido casarse sin dispensa al tiempo de la concepción o del nacimiento; con lo cual se excluían de tal posibilidad de legitimación a los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Sin embargo, conforme a las leyes españolas, se podía demandar la declaración de “hijo natural”, evidenciando el reconocimiento del padre, o el concubinato con la madre al tiempo de la concepción. Por su puesto, tal condición no podía establecerse, en caso de que el padre tuviera impedimento para contraer matrimonio al momento de la concepción o del nacimiento. A estos hijos naturales correspondía derecho de alimentos, e incluso podían acceder a heredar parcialmente, siempre a voluntad del padre a través de formal testamento y exclusivamente a falta de hijos legítimos.

De 1862 a 1867: Nuestro primer Código Civil de 1862, “distinguía tres categorías de hijos ilegítimos, los naturales, eran aquellos hijos legítimos que habían sido reconocidos; los ilegítimos propiamente dichos, eran aquellos que podían ser legalmente reconocidos y los hijos de ‘dañoso ayuntamiento’, que son los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos” (para quienes no estaba prevista la posibilidad de reconocimiento). “A falta de reconocimiento, que no puede ser sino expreso, el hijo simplemente ilegítimo podía investigar judicialmente su paternidad natural, pero sólo al fin de obtener del padre los alimentos necesarios para su subsistencia”, de manera que dicha filiación no producía un vínculo de parentesco, si no exclusivamente producía una obligación alimentaria. La acción de inquisición de la paternidad se fundamentaba probatoriamente de forma exclusiva en la prueba de juramento a que se sometía el padre, de manera tal que todo el juicio dependía de su dicho, de su palabra. Los hijos naturales (reconocidos) intervenían en la sucesión solamente a falta de descendencia legítima⁴⁷.

De 1867 a 1873: Con posterioridad, el Código Civil de 1867, representó un notable retroceso, dando reconocimiento legal exclusivamente a los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio. No permitía la acción de inquisición de paternidad en ningún caso (ni siquiera a los fines de obtención de alimentos); negándose a los hijos naturales todo derecho en la herencia. Vale decir, sólo se reconocía como “hijos” a los nacidos de

47 ALVAREZ, Tulio Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 346-347.

unión matrimonial o quienes hayan sido reconocidos por las ulteriores nupcias de sus progenitores, negando todo derecho filial, reconocimiento o posibilidad de inquisición, a los hijos nacidos de uniones no matrimoniales, aun cuando no fueran adúlteras.

De 1873 a 1916: El Código Civil de 1873, nuevamente permite el reconocimiento de los hijos naturales, siempre que no existiera impedimento no dispensable a los padres para contraer matrimonio, y admitía la acción de inquisición de paternidad, pero solamente en casos de rapto y violación. En cuanto a la obligación de alimentos (que incluía manutención, educación e instrucción), la misma se concedía a los hijos reconocidos legalmente, “así como aquellos cuya paternidad o maternidad resulte de una sentencia civil o penal y, en fin, a los hijos que no pueden ser reconocidos legalmente (por ejemplo, los adúlteros), cuya filiación resulte de una declaración contenida en una escritura pública”⁴⁸, constituyendo esto último, un significativo avance, en cuanto al derecho de los hijos –adúlteros– de percibir alimentos, aún cuando ello sólo era posible si el padre les había “reconocido” a través de una escritura pública, debiendo entenderse que dicho reconocimiento “fáctico- documental”, no implicaba la legitimación.

En este instrumento de 1873, “los hijos naturales reconocidos participaban de la herencia a falta de posteridad legítima, o solos o concurriendo con el cónyuge, los ascendientes y los hermanos (del padre) y sobrinos”⁴⁹.

Los Códigos de 1880, 1896 y 1904, no representaron mayores cambios, por lo que durante más de un siglo, se mantuvo el esquema de 1873.

De 1916 a 1922: el Código Civil de 1916, representó un significativo avance, en tanto instituyó la figura de la posesión de estado como medio idóneo para probar y establecer la filiación natural. Este Código influenciado por contemporánea legislación italiana y francesa de la época, que permitían la investigación de la paternidad natural así como el derecho de alimentos, permitió el reconocimiento de los hijos naturales (no adúlteros), permitiendo igualmente la inquisición de paternidad natural, a través de la prueba de la posesión de estado. Se equiparó a los hijos naturales y a los legítimos pero sólo respecto de la madre, y se previó “la posibilidad de que los hijos naturales que no puedan ser reconocidos tengan acción para pedir alimentos, sea en los casos del art. 242”⁵⁰,

48 *Ibidem*, p. 351.

49 *Ibidem*.

50 Art 242 CC.- “Se permite la investigación de la paternidad en los casos siguientes:

sea en los otros siguientes: a) cuando la paternidad o maternidad resulten de una sentencia civil o penal; b) cuando la paternidad o maternidad provengan de un matrimonio declarado nulo; c) cuando la paternidad o maternidad resulten de una explícita declaración de los padres”⁵¹.

Debe advertirse que aún cuando fue innegable el avance reflejado por el Código de 1916, al permitir la investigación de la filiación paterna, en el mismo artículo 242 -quizás a manera de contención- se criminalizó dicha acción, en casos “de mala fe”. La norma en comentario disponía: “(...) Quien de mala fe haya propuesto una acción de investigación de paternidad, será penado como culpable de difamación según el Código Penal. En este caso el juicio penal quedará en suspenso hasta que se decida definitivamente el juicio civil”. Con lo que, a pesar de concederse la acción inquisitiva, se imponía el riesgo de sanciones penales en caso de resultar infructuosa dicha pretensión.

De 1922 a 1942: A pesar de que el avance del Código de 1916 inscribía y colocaba la legislación venezolana a la altura de los códigos e instituciones más adelantados de la época, casi inmediatamente a través del Código de 1922, se verificó un sustancial retroceso, al prohibirse toda inquisición respecto de la paternidad ilegítima, la cual sólo sería procedente en casos de raptó y violación. Conforme a comentaristas del referido Código, “no es permitida la investigación de la paternidad porque la prueba es imposible y de facultarla serían la creación de procesos escandalosos que perturbarían la paz social”⁵².

Debe destacarse que al reformarse el código de 1916, eliminando la posibilidad de inquisición de la paternidad, el congreso no formuló exposición o justificación de ningún tipo, y en tal sentido Luis Loreto se pronunció criticando que: “ningún escándalo forense ni iniquidad alguna se realizó

1º En caso de raptó o de violación, cuando la época del raptó o de la violación coincida con la de la concepción.

2º En el caso de seducción precedida de promesa de matrimonio o verificada mediante maniobras dolosas o bien facilitada con abuso de autoridad o de confianza, o de relaciones domésticas, cuando la época de la seducción coincida con la de la concepción, y siempre que exista un principio de prueba por escrito según el artículo 1.419.

3º En caso de que el pretendido padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción.

4º Si la paternidad resulta de explícita declaración por escrito del padre.

5º En caso de que el pretendido padre haya proveído o contribuido al mantenimiento y a la educación del hijo en calidad de padre. (...)”

51 ALVAREZ, Tulio Alberto. *Ob. Cit.*, p. 358.

52 *Ibidem*, p. 360.

al amparo de sus preceptos, por lo cual aparece inexplicable la desatinada reforma que realizaron los legisladores al sancionar el Código Civil de 1922 que eliminó la posesión de estado como título y prueba de filiación natural y redujo los casos de inquisición de la paternidad y toda gestión sobre de ella al único de la violencia o raptó cuando estos hechos hubieren coincidido con la época de la Concepción”⁵³, concluyendo el maestro: “Sólo inconfesables y circunstanciales motivos de naturaleza patriarcal pueden explicar el retroceso que significó para el país esa desgraciada reforma, ya que ante la crítica serena, ilustrada y razonable no existe justificación alguna”.

De 1942 a 1982: En el Código de 1942, se mantuvo la discriminación entre hijos legítimos y naturales, dividiendo éstos últimos en simples y no simples, dependiendo de la posibilidad legal de reconocer a los primeros y la imposibilidad respecto de los segundos (adulterinos, incestuosos y sacrílegos). Sin embargo, además de la posibilidad de reconocimiento de los hijos naturales simples, se permitió la legitimación o reconocimiento de los hijos naturales no simples, en aquellos casos en que hubiere cesado el impedimento, como podía ocurrir, por ejemplo, respecto del hijo adulterino, una vez disuelto el vínculo matrimonial del padre, o del hijo sacrílego, si el padre abandonaba los votos religiosos. Así mismo, como innegable avance, se dispuso la posibilidad de inquisición de la paternidad natural, dando igualmente valor probatorio fundamental a la posesión de estado.

Este Código además equiparó ex artículo 226, a los hijos naturales con los hijos legítimos, reconociéndole también derechos hereditarios a aquellos.

En vigencia del Código Civil de 1942, fue promulgada la Constitución de 1961, que en sus artículos 74 y 75, textualmente disponía:

Artículo 74.- La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables.

Artículo 75.- 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

53 LORETO, Luis. La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho Venezolano. En Ensayos Jurídicos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 499.

protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso. La filiación adoptiva será amparada por la ley. El Estado compartirá con los padres, de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquellos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

El amparo y la protección de los menores serán objeto de legislación especial y de organismos y tribunales especiales.

Con fundamento en estas previsiones constitucionales, se discutía la posible inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que impedían el reconocimiento de los hijos adulterinos, enfocándose lamentablemente las discusiones en el carácter programático o no de las normas constitucionales, no siendo sino hasta la reforma de 1982, que se verificó un verdadero avance en la materia⁵⁴, lográndose la equiparación casi absoluta de los hijos matrimoniales y los nacidos de uniones no matrimoniales, suprimiendo incluso la odiosa discriminación de “legítimos” y “naturales”, y permitiéndose tanto el reconocimiento como la inquisición de la paternidad en cualquier caso⁵⁵, incluso de los hijos adulterinos⁵⁶. Sin embargo, como hemos venido destacando en este trabajo, el avance no fue absoluto, pues dicho Código no solo mantiene la discriminación nominal entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sino que sustancialmente dispone diferentes tratamientos respecto de una y otra categoría de hijos, especialmente en cuanto a la forma de establecer su filiación paterna, el uso de los apellidos y la impugnación o desconocimientos de la paternidad una vez establecida, todo lo cual, según se ha destacado, parece haberse modificado o debería verse reformulado por las previsiones constitucionales de 1999, y las noveles leyes que aquí referimos y analizamos.

54 Véase comentarios sobre tales innovaciones: GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis: *Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 145. Caracas: Nueva Etapa, julio-septiembre 1982; HARTING R., Hermes: *Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982*. En: Revista de la Facultad de Derecho. N° 35. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 1985-86, pp. 261-284.

55 Artículos 217, 218 y 226 del Código Civil vigente.

56 Artículo 225 CC.

CAPÍTULO II

ESTABLECIMIENTO INICIAL DE LA FILIACIÓN PATERNA

1. Sistema tradicional

1.1. Establecimiento de la filiación paterna matrimonial

Conforme a la norma del artículo 201 del Código Civil⁵⁷, *[e]l marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación*. Esta norma recoge la máxima romana contenida en el Digesto, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, según la cual se tiene por padre al marido de la mujer que ha tenido un hijo procreado en vigencia de la unión matrimonial. Se trata de una presunción *iuris tantum* (desvirtuable judicialmente a través de prueba en contrario) y que habida cuenta del establecimiento legal de un lapso de caducidad para ejercer la acción judicial de desconocimiento, podría alcanzar carácter absoluto o *iuris et de iure*, según se verifica más adelante.

La norma en referencia, presume la paternidad del marido no sólo respecto del hijo nacido “durante” la vigencia o existencia del matrimonio, sino que atendiendo a las reglas sobre el cálculo de la concepción, también se presume tal paternidad respecto de los hijos nacidos hasta 300 días “después” de disuelto o anulado el vínculo. De manera que el legislador toma en consideración el hecho jurídico del nacimiento (dentro del matrimonio), e igualmente, toma en cuenta el hecho jurídico de la concepción ocurrida durante la vigencia del matrimonio. Hecho jurídico –la concepción– que debido a la virtual imposibilidad de determinar su exacta ocurrencia en el

57 A pesar de que el artículo 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil, prohíbe la designación del estado civil de los padres en las partidas o actas de nacimiento, dicha ley no derogó expresamente esta norma del Código Civil (aún cuando derogó expresamente otros artículos y capítulos), por lo que el mismo continúa vigente, guardando además correspondencia, con la norma del artículo 21 de la LPFMP, que regula la presentación de los hijos productos de uniones no matrimoniales, lo que permite concluir, que aún se conserva la designación legal de “hijos matrimoniales y extra matrimoniales”.

tiempo, se establece en la referida norma –también– de manera presuntiva, en consonancia a la disposición del artículo 213 CC⁵⁸, que dispone el período máximo de gestación en el señalado plazo de trescientos (300) días.

Por otra parte, aún cuando la norma presume la paternidad del hijo nacido hasta 300 días después de disuelto o anulado el vínculo, para lo cual toma en cuenta la oportunidad de la concepción (presuntamente ocurrida durante el matrimonio), no excluye *per se* el carácter de hijo matrimonial, de aquél concebido “antes” (fuera) del matrimonio y nacido durante su vigencia, específicamente aquellos nacidos antes de haber transcurrido ciento ochenta (180) días contados desde la celebración de las nupcias, quienes conformes a las mismas reglas del cálculo de la concepción (art. 213 CC), habrían sido concebidos antes de su celebración. Así, el hijo nacido una vez que se celebra el matrimonio, adquiere la condición de hijo matrimonial y se presume hijo del marido⁵⁹.

Como es fácil advertir, esta determinación de la paternidad matrimonial, no se sustenta directamente en el establecimiento cierto de la procreación biológica o natural, ni en su comprobación por cualquier medio o método científico, sino que se sustenta exclusivamente en la comprobación de hechos que hacen presumir que la concepción del hijo se verificó efectivamente entre cónyuges⁶⁰, con lo cual además se asumen los riesgos propios de todo sistema presuntivo, que parecen incrementados en tan delicada materia.⁶¹

58 **Artículo 213 CC.**– “Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintitún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento . Véase sobre tal norma: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96.

59 Conforme a la norma del artículo 202 CC, si el hijo nace antes del plazo indicado existe la posibilidad de desconocerlo por simple denegación, como también ocurre cuando nace luego de presentada la demanda de divorcio, nulidad o separación de cuerpos. En todos estos casos, en principio el hijo se tiene como matrimonial y se presume la paternidad del marido, pero el legislador concede la posibilidad de impugnar judicialmente dicha paternidad, desvirtuándola de una manera que en principio no requiere de mayor actividad probatoria. Sobre estos aspectos, nos pronunciamos *infra*.

60 Recordemos que precisamente, “Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido” (Art. 1.394 CC). “Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y este es precisamente el objeto de las presunciones. La presunción no es una prueba, sino exención o dispensa de la prueba. Si la parte interesada aduce prueba sobre el hecho presumido, esa prueba es superflua o innecesaria, por lo que el juez debe rechazarla, a menos que esté impugnando; pero el hecho es objeto concreto de prueba, aunque no requiera actividad probatoria” (Subrayado nuestro. ECHANDIA, Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II. Octava Edición. Bogotá: Editorial ABC, 1984, p. 61.). Por demás, en esta materia tal sistema presuntivo constituye un riesgo.

61 Véase: SANLER CASTILLO, Mario: *Conflictos paterno filiales*. En: Memoria del VIII Congreso

Esta presunción de paternidad *si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo*, tales como la fidelidad y la cohabitación que, como decía Mazeaud, son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales como las llamaba Josserand, de la que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto, como considera Puig Peña⁶².

Siendo más estrictos, consideramos que esta presunción tiene fundamental sustento en la ordinaria o común circunstancia de la cohabitación entre cónyuges, que permite inferir la participación efectiva y determinante del marido en la procreación del hijo nacido en el seno de la unión matrimonial. No es el deber de fidelidad de la mujer el factor preponderante de la presunción, pues incluso demostrándose que ésta ha mantenido relaciones adulterinas, tal hecho por sí solo no desvirtúa la presunción, en tanto no excluye la posible paternidad del marido si éste también ha mantenido relaciones sexuales con la mujer en el período de la concepción, por lo que la ley exige, en tales supuestos, además de la comprobación del adulterio, que se demuestren otros hechos o circunstancias que “concurran” a excluir la paternidad del esposo (art.205 CC)⁶³.

Constituye un hecho derivado de la experiencia común, que los cónyuges mantienen relaciones sexuales, e incluso, el hecho de que generalmente los cónyuges desean procrear hijos para conformar una familia, por lo que tal circunstancia en sí misma sustenta suficientemente el sentido lógico-jurídico

Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas: Publicidad Gráfica León S.R.L., 1.996, T. I., p. 117. La presunción es un razonamiento lógico realizado por la ley o por el juez, en razón del cual a partir de un hecho conocido pretende llegar a otro desconocido. Pero la presunción lleva consigo el riesgo del error humano, especialmente en casos de paternidad discutida.

62 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Perú: Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica Perú, 1999, p. 47.

63 **Artículo 205 CC:** “El marido tampoco puede desconocer al hijo, alegando y probando el adulterio de la mujer a no ser que este hecho haya ocurrido dentro del período de la concepción y el marido pruebe, además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosíblemente concurran a excluir su paternidad”. Véase: RAMÍREZ, Florencio. *Anotaciones de Derecho Civil*. Tomo I. Mérida: Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, 1.953, p. 224: “El adulterio solo no basta para excluir esta paternidad, puesto que no obsta a las relaciones sexuales de la madre con su marido, por lo que si la paternidad puede tenerse, en ese caso, por incierta, no hay razones suficientes para negar que el marido sea el padre del hijo nacido de su mujer; pero sí puede ser la base para la acción de desconocimiento, cuando se demuestre que en el período de la concepción no hubo o no pudo haber contacto entre el marido y su mujer, lo cual entraña la imposibilidad de que aquél sea el autor de la expresada concepción y excluye verosíblemente su paternidad”.

de la presunción, pues lo ordinario y seguramente lo que resulta en la gran mayoría de los casos es que los hijos concebidos y/o nacidos durante el matrimonio, efectivamente han sido procreados por el respectivo marido, resultando coincidentes la filiación natural y la legal⁶⁴.

Aún más aceptable resulta la aplicación de esta presunción, si nos encontramos ante la imposibilidad material de realizar la determinación certera de la filiación biológica por otros medios que concedan convicción al juez, a los terceros e incluso a los propios padres⁶⁵. Por ello, incuestionablemente se ha mantenido en el tiempo este sistema de presunciones, que si bien, en la mayoría de los casos se ajustará a la realidad, no pocas veces habrá conllevado al establecimiento legal de una filiación falaz. Se trata de un sistema que se adapta casi perfectamente a la realidad social y familiar y, aún ante las nuevas técnicas científicas se muestra como mecanismo idóneo para establecer a *priori* la filiación paterna, pues, de modo alguno resultaría aceptable —cuando menos en este momento histórico— exigir que previo a la presentación o inscripción de cada niño ante el registro civil, se deba practicar una prueba heredobiológica para determinar fehacientemente la paternidad que se declara y hace constar en la partida o acta de nacimiento⁶⁶.

Con fundamento en lo expresado, no encontramos problema alguno en la aplicación del verificado sistema legal dispuesto para establecer la filiación paterna matrimonial, siempre que se mantenga tal determinación presuntiva con carácter *iuris tantum*, es decir, que se permita desvirtuar dicha presunción judicialmente a través de prueba en contrario, con especial atención a las modernas pruebas científicas que con certeza casi absoluta permiten excluir una posible filiación y confirmar la verdadera.

El problema jurídico, sustantivo y procesal, se presenta en la supervivencia y consecuente vigencia de normas positivas que limitan e incluso

64 La doctrina destaca con acierto tres (3) casos en que *ab initio* pareciere no resultar aplicable este sistema presuntivo de paternidad matrimonial, conformados por dos (2) situaciones de conflictos de paternidades, como ocurre en la bigamia de la mujer y cuando ésta luego de disuelto o anulado el vínculo contrae nuevo matrimonio antes del plazo previsto en el artículo 57 C.C.; así mismo se contempla el caso del que el hijo sea concebido y nace cuando el marido de la madre es un declarado ausente. Al respecto LOPEZ HERRERA, Francisco, *Ob. Cit.*, pp. 344-345.

65 Imposibilidad material que subsistió hasta hace pocos años.

66 Tal exigencia, aún si se contemplará por vía legal, podría implicar una violación al derecho a la vida privada e intimidad de los padres, y seguramente un retraso o hasta la imposibilidad de realizar el registro civil del niño, habida cuenta de los costos de los exámenes y de la complejidad de las pruebas, que en el momento actual, no pueden realizarse en forma rápida ni mucho menos masiva.

eliminan la posibilidad de impugnar o desconocer la paternidad matrimonial establecida a través del mecanismo meramente presuntivo, lo que de acuerdo a la garantía constitucional de averiguación de la filiación biológica, podría ameritar la desaplicación o reinterpretación de dichas normas. Por otra parte, conforme a la nueva disposición legal del artículo 93 de la LORC, el acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, *“omitiendo el estado civil de los mismos”*, con lo cual la presunción contenida en el Código Civil, si bien no aparece como derogada, si podría encontrar trabas en su práctica aplicación, pues no constaría de la partida o acta de nacimiento la condición de “hijo matrimonial”, y peor aún, podría ocurrir que se indique y registre como padre del niño que se presenta, a un tercero distinto del esposo de la madre. Sobre esta problemática nos referimos más adelante.

1.2. Establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial.

El reconocimiento voluntario

Hemos referido que a pesar del avance que en su momento implicó la reforma del Código Civil de 1982, en cuanto a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se mantuvo diferencias entre ambas categorías a los fines del establecimiento de la paternidad e igualmente respecto de su impugnación. Así, en el régimen tradicional, los hijos nacidos de mujer casada gozan de derecho de la condición de hijos “matrimoniales” cuya paternidad legal se atribuye al marido de la madre, conforme a la presunción contenida en el artículo 201 del Código Civil. Por el contrario, al no poseer la madre el estado civil⁶⁷ de “casada”, el hijo se considera “extramatrimonial”, y a los fines del establecimiento de su filiación paterna es necesario su “reconocimiento” por parte del hombre que se crea padre y quien conforme a las formalidades de ley manifieste su voluntad reconocedora como progenitor.

El reconocimiento es una institución característica de la filiación extramatrimonial, que consiste en esencia, en un negocio jurídico, esto es, una declaración de voluntad dirigida a producir efectos legales, que tiene por objeto el establecimiento voluntario y espontáneo de la filiación extramatrimonial. Con

67 La expresión “estado civil” la utilizamos aquí en su acepción común o popular, pero que en realidad se corresponde con la noción más restringida, es decir a el estado civil “matrimonial”.

ocasión del mismo, se despliegan en el ámbito jurídico los correspondientes efectos filiatorios tales como, obligación de alimentos, vocación hereditaria, derecho de visita, titularidad de la patria potestad, etc.”⁶⁸.

Entre los caracteres esenciales que la ley y la doctrina le atribuyen al reconocimiento vale citar -entre otros- que se trata de un acto o negocio jurídico declarativo de la filiación, personalísimo, libre o espontáneo, irrevocable, solemne o auténtico, puro y simple, en principio unilateral, impugnable y exclusivo de la filiación extramatrimonial⁶⁹.

Para la validez del reconocimiento se exige que el reconociente obre libre y voluntariamente, haciéndose constar dicha voluntad en documento auténtico, y en tanto que negocio jurídico, se exige también, la capacidad de obrar de quien reconoce, la cual, conforme al código civil correspondía en esta materia al *menor que haya cumplido 16 años*; siendo que en la actualidad, conforme a la norma del artículo 90 de la LORC, *los adolescentes varones, mayores de catorce años del edad, podrán declarar el nacimiento de su hijo recién nacido o hija recién nacida 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 Adolescente*. Consecuentemente, no podrán reconocer válidamente a un hijo los sujetos a quienes se haya declarado su incapacidad de obrar absoluta (carentes de discernimiento)⁷⁰, quienes ni siquiera pueden obrar en esta materia por medio de su representante legal, por tratarse de un acto personalísimo. Por el contrario, los inhabilitados (débil mental o prodigo) que conservan el libre gobierno de su persona, si pueden reconocer voluntariamente a sus hijos⁷¹. Adicionalmente, el reconocimiento efectuado por persona con capacidad de obrar, también puede verificarse a través de “mandatario auténticamente constituido”⁷², entendemos que con facultades o mandato “expreso” para ello.

68 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 288.

69 *Ibidem*, p. 290.

70 A diferencia del entredicho judicial, no se excluye la posibilidad de reconocimiento efectuado por el entredicho legal (a causa de condena penal), quien conserva la capacidad de obrar respecto de los actos personalísimos.

71 Véase sobre la capacidad de obrar en el reconocimiento: *Ibidem.*, pp. 326-329.

72 Como lo preveía el artículo 468 del Código Civil. Véase también: *Ibidem.*, p. 303.

Resaltan como caracteres relevantes del reconocimiento, su condición de irrevocabilidad y de impugnabilidad, derivados expresamente de la norma del artículo 221 del Código Civil que establece que *el reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello*. Esto es, una vez verificado el reconocimiento en la forma prevista por la ley y a través de cualquiera de los instrumentos a que se contraen los artículos 217⁷³ o 218⁷⁴ del Código Civil, está vedado al reconociente -ahora padre legal-, retractarse o manifestar ante el mismo registro civil su arrepentimiento o voluntad de dejar sin efecto dicho reconocimiento. Irrevocabilidad que no sólo derivada del imperativo de la citada norma, si no también de la circunstancia que el reconocimiento una vez verificado a través del acta o instrumento auténtico que lo contenga, hace fe de la paternidad atribuida con efectos *erga omnes* y por supuesto en contra del propio padre legal, en virtud de la disposición de los artículos 457⁷⁵ y 1.360 del Código Civil.

Ahora bien, la irrevocabilidad del acto por parte del reconociente, no implica que éste no pueda intentar la impugnación de la paternidad auto-atribuida, pero siempre a través y exclusivamente del respectivo proceso jurisdiccional de impugnación⁷⁶, lo cual consideramos sólo podrá declararse con lugar, a través de la alegación y prueba respecto de la falsedad (biológica) de la filiación establecida; con el inconveniente de orden jurídico, que en caso de haberse complementado o reafirmado dicha paternidad por medio de la respectiva posesión de estado, podría declararse la improcedencia legal de dicha impugnación, conforme a la norma del artículo 210 del Código Civil. Aspectos sobre el cual nos pronunciamos en el capítulo relativo a las impugnaciones o desconocimientos de la paternidad.

73 **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.

74 **Artículo 218.-** El reconocimiento puede también resultar de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco.

75 Hoy derogado por la LORC, y suplido con idénticas consecuencias por la norma del artículo 77 *eiusdem* que dispone: “*Las actas del Registro Civil tendrán los efectos que la ley le confiere al documento público o auténtico*”.

76 Véase sobre la impugnación del reconocimiento: DOMÍNGUEZ GULLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de la Familia. Ob. Cit.* pp. 321-323.

Así mismo, de este carácter de irrevocabilidad y de la circunstancia de constituirse el reconocimiento auténtico en un acto de efectos *erga omnes*, con posterioridad, no pueden admitirse el reconocimiento de la mismo hijo por parte de otro pretendido padre, y en caso de que por alguna circunstancia fáctica se inscriba un ulterior reconocimiento el mismo resultaría írrito y no restaría validez al primero⁷⁷.

2. Establecimiento (reconocimiento) forzoso de la filiación paterna

Además del mencionado reconocimiento voluntario, y en defecto de éste, la paternidad puede ser establecida a través de demanda y procedimiento judicial de inquisición de paternidad, previsto en las normas de los artículos 210 y 226 del Código Civil⁷⁸, para que, previo procedimiento jurisdiccional en forma, se determine y establezca la filiación paterna conforme a sentencia judicial⁷⁹, que por previsión de los artículos 506 del Código Civil y 152 de la LORC debe registrarse o inscribirse en los libros del registro civil, convirtiéndose en instrumento demostrativo de dicha filiación.

Adicionalmente, con la entrada en vigencia de la LPFMP y de la LORC, se ha creado la posibilidad de identificación de presunto padre en el acta o partida de nacimiento, aún cuando aquél no haya concurrido a formular la presentación, lo que implica –según se desarrolla más adelante– una suerte de establecimiento presunto inicial de la filiación paterna, pero que en ningún caso constituye un reconocimiento, aún cuando *ab initio* pareciera producir similares consecuencias. En tal sentido, adelantamos que luego del establecimiento presuntivo de la filiación que parte del dicho de la madre,

77 “Creemos que efectivamente, por el carácter absoluto que se desprende del primer reconocimiento, los subsiguientes reconocimientos precisan para su validez o eficacia la impugnación o nulidad del primero de ellos. Así la única forma de reconocer a un hijo previamente reconocido es precisamente atacando procesalmente el acto. Esta es la interpretación que nos parece más cónsona con el sentido de la institución, pues de lo contrario se dejaría a la mera voluntad de los terceros la validez del primer reconocimiento sin el ejercicio previo de las correspondientes acciones, De allí que sabiamente nuestra legislación ha consagrado el carácter impugnabile del reconocimiento por todo el que tenga interés en ello. De lo que se deduce que la forma de desvirtuar un reconocimiento no es efectuando otro”. *Ibidem.*, pp. 308-309.

78 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Notas sobre el artículo 210 del Código Civil: Reconocimiento forzoso de la filiación*. En: Revista de Derecho N° 25. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 147-193.

79 Excepcionalmente (aunque ocurre muchas veces), conforme al artículo 232 del Código civil, puede acontecer que en el curso del proceso judicial, el padre inquirido reconozca voluntariamente su paternidad, caso en el cual no se requerirá del dictamen judicial y debe sorberse el respectivo juicio.

las normas de los artículos 23 al 31 LPFMP, disponen un procedimiento “administrativo” de inquisición o comprobación de la paternidad señalada por aquella, que bien puede concluir con el reconocimiento voluntario, o incluso, con el establecimiento forzoso de dicha paternidad. Sobre lo cual nos pronunciamos *infra*.

3. Nuevo Sistema de establecimiento inicial de la paternidad

3.1. Del dicho de la madre como fuente de presunción de paternidad

A diferencia del régimen tradicional revisado, que dependía del estado civil de la madre (caso de la filiación matrimonial) ó de la voluntad reconocedora del padre (filiación extramatrimonial), el nuevo régimen instituido en la norma del artículo 21 y siguientes de la LPFMP, y en las normas de la LORC, prescinde del estado civil matrimonial de los progenitores, como lo ordena la norma del artículo 56 Constitucional, obligando la inclusión de identificación de padre y madre en el acto de presentación o inscripción del niño ante el registro civil, y su asentamiento en la respectiva acta o partida de nacimiento, indistintamente -como se ha dicho - del estado civil de los progenitores y de la existencia o no de vínculo matrimonial entre éstos.

En tal sentido, la norma del artículo 21 de la LPFMP, prevé una perspectiva completamente distinta a la tradicional y viene a constituirse en un auténtico cambio de paradigmas, en tanto se dispone que la madre al momento de presentar (inscribir) al respectivo hijo ante el registro civil, en los casos en que éste no sea producto de unión matrimonial o concubinaria, “deberá indicar nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo”, con lo cual, la respectiva partida o acta de nacimiento, por regla general debe contener la identificación del supuesto padre, aún cuando éste no sea el marido o concubino de la madre presentante, ni haya concurrido personalmente o por apoderado a formalizar la presentación o reconocimiento.

La norma en comentario textualmente dispone:

Artículo 21.- Presentación por la madre. Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, y la madre acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. El funcionario o funcionaria deberá informar a la madre que en

caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurrirá en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal.

En los casos que el embarazo haya sido producto de violación o incesto, debidamente denunciado ante la autoridad competente, la madre podrá negarse a identificar al progenitor, quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre. Con base al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, tal circunstancia en ningún caso será incluida en el texto del acta correspondiente.

Antes de realizar la exégesis jurídica de la norma del artículo 21 LPFMP, consideramos importante referir que de nuestra observación práctica hemos podido constatar que su primera lectura e inteligencia, mayoritariamente causa escepticismo y rechazo por parte de colegas abogados, colegas profesores, estudiantes de derecho e incluso en personas ajenas al quehacer jurídico⁸⁰, lo que nos ha obligado a revisar sus antecedentes históricos, permitiéndonos ahora intuir, que tal escepticismo fundamentalmente obedece a una injustificada negativa al cambio, basada en concepciones patriarcales, y al mantenimiento de dogmas como el previsto en el hoy derogado artículo 468 del Código Civil⁸¹, que prohibía la mención del padre en la partida de nacimiento si éste no concurría al acto de presentación, y que todos estudiamos y aprendimos como ejemplo prácticamente único de lo que debía entenderse como “menciones prohibidas” de las actas del estado civil⁸².

80 De forma por demás empírica hemos realizado sondeos de opinión entre colegas, estudiantes y personas en general, percibiendo un clima de rechazo, en especial entre las personas de mayor edad. Así mismo, paradójicamente, aún cuando la norma otorga o concede fe al dicho de la mujer respecto de la identidad del padre, observamos que recibe menos aceptación por parte de las mujeres que de los hombres.

81 Esta norma fue expresamente derogada conforme a la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Registro Civil, y textualmente establecía: **Artículo 468.**- “Si el nacimiento proviene de unión no matrimonial no se designará al padre en la partida, sino cuando haga la presentación él mismo o por medio de mandatario auténticamente constituido; pero sí se expresará el nombre y apellido de la madre, a menos que el presentante exponga que le está prohibida esa mención, lo cual se hará constar en el acta ()”.

82 Al respecto Aguilar Gorronдона señala: “Un ejemplo de mención prohibida sería la designación del padre cuando se trata de la partida de nacimiento de un hijo nacido de unión no matrimonial, si éste no es presentado por el propio padre, o por mandatario de éste debidamente constituido”. AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I. Personas*. 22ª edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 133.

La verdad simple e incontrovertible es: todo ser humano tiene un padre, y natural, normal y generalmente, la identidad de ese padre es conocida por la madre (y posiblemente, sólo por ella). Como hemos reseñado en el capítulo relativo a los antecedentes, observamos que en nuestro país, desde su independencia -por supuesto atendiendo a las realidades culturales y morales de cada época- se ha mantenido la discriminación entre hijos matrimoniales (denominados desde siempre “legítimos”) y los “naturales”, verificándose una lenta evolución de las instituciones hasta nuestros días, pero quedando claro que el destino es avanzar hacia la equiparación absoluta y a la eliminación de todas las trabas y formalidades que impliquen la limitación del derecho de los hijos de conocer a sus padres y de que éstos asuman sus responsabilidades, indistintamente del estado civil matrimonial de sus progenitores. Ya para el año 1951, el maestro Luis Loreto enseñaba:

La idea central que preside y gobierna la economía de todo el sistema legislativo en vigor, es que el hijo tiene derecho de conocer a sus progenitores. Es inhumano, antisocial y duro negarle ese derecho o establecer limitaciones y trabas a su ejercicio fundadas en consideraciones inspiradas por una falsa moralidad que repudia la solidaridad social y los impulsos más elementales del sentimiento mismo⁸³.

Adoptando una de las palabras del maestro, entendemos que la norma en comentario (art. 21 LPFMP), representa una clara idea de “economía” en la consecución, aplicación y respeto directo a la norma y garantía constitucional que prescribe el derecho de todo hijo a conocer a sus padres y de gozar de su cuidado y protección, en tanto que desde el momento mismo de la inscripción en el registro civil, permite conocer la identidad del progenitor, a través del dicho de la persona llamada por la naturaleza a conocer esa identidad: la madre. No obstante, según referimos, estamos conciente de la poca aceptación de la norma y sus consecuencias directas, que nos hacen pensar en que quizás no sea el momento histórico social para su acogida⁸⁴, al tiempo que nos obliga a una profusa interpretación gramatical, lógica,

83 LORETO, Luis. *Ob. Cit.*, p. 496.

84 No olvidemos, a modo de ejemplo que muchos fueron las críticas y rechazos ante algunos cambios instituidos en la reforma del Código Civil de 1982, especialmente en lo relativo a permitir que el hombre casado reconociera a hijos adulterinos. Sin embargo, con el tiempo, sin duda alguna podemos llegar a la conclusión de que el cambio resulto ser justo, racional y necesario.

teleológica y sistemática, así como, a la cita, revisión y respeto de los criterios doctrinales hasta ahora mayoritarios.

Con manifestada conciencia sobre la algidez del asunto, pasamos a extraer de la referida norma, las consecuencias jurídicas que podrían derivar de su interpretación:

a) El hombre indicado o identificado por la madre se tendrá a los efectos legales como padre del niño presentado, aún cuando tal condición se entienda como “presunta” o “supuesta”

La norma en referencia, de manera determinante contempla el deber de la madre de identificar al padre del niño que se inscribe, a través de la indicación de su nombre y apellido, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a esa identificación, con lo cual dichos datos quedarán estampados en la respectiva acta de nacimiento y atribuida al hombre señalado la cualidad de padre del niño en cuestión, aún cuando dicha cualidad deba adjetivarse de “presunta”, como se indica en el primer párrafo de la misma norma (“*presunto padre*”). Por demás, debe considerarse que tal establecimiento presunto de la paternidad, no lo convierte en ilegal, pues como hemos venido estudiando, desde siempre y ante la imposibilidad de acceder a prueba científica directa o de poder exigir dicha prueba en todo caso, siempre la paternidad legal se ha establecido a través de presunciones, bien por tratarse de niño nacido de madre casada (presunción legal) o bien por reconocimiento efectuado por hombre que no es esposo de la mujer y se “cree” padre la criatura (presunción *hominis*).

En tal sentido, cabe contraponer que el sistema presuntivo existente hasta ahora, respecto de la filiación paterna contemplaba tres únicas posibilidades: la primera, que el niño naciera de mujer casada, con lo cual conforme al artículo 201 del Código Civil, se le atribuye como presunto padre al marido de la madre; la segunda, que siendo hijo de madre no casada (soltera, viuda o divorciada), concurriera un hombre que se cree o dice ser el padre a efectuar el reconocimiento, con lo cual se tiene (sin comprobación científica alguna) como padre a quien ha efectuado dicho reconocimiento; y una tercera posibilidad, constituida por la inscripción del niño “sin padre”, como si pudiera presumirse un nacimiento sin concurso de hombre alguno⁸⁵.

85 Otra interpretación o conclusión nacida de la otrora posibilidad de extender una partida de nacimiento con la única identificación de la madre, sería entender que se tiene o presume al padre como “no

Obviamente, en este último caso, al inscribirse al niño sin identificación de padre alguno, se atentaba contra el derecho natural, pues todo individuo tiene un padre biológico, lo cual jurídicamente sólo podría silenciarse, en escasísimos supuestos y siempre en protección de la integridad y protección moral y psíquica del niño (por ejemplo, en los supuestos de incesto, violación o cuando la madre efectivamente desconozca o dude respecto de la real paternidad).

Ahora la situación es otra, pues como se ha indicado, la normativa legal obliga a la identificación del padre desde la inscripción, para lo cual se concede valor al dicho de la persona llamada por la naturaleza a conocer y a afirmar idóneamente dicha paternidad, lo que –por supuesto- no constituye un “reconocimiento”, sino un establecimiento presunto de aquella⁸⁶. Adicionalmente, la doctrina nacional, coincide en que este establecimiento de la filiación es de carácter “provisional”⁸⁷, pues, aún cuando en el acta se identifica al padre, “*proporcionando el establecimiento de la filiación*”⁸⁸ y produciendo que el hijo quede inscrito con los apellidos del padre y de la madre⁸⁹, tal determinación no tiene efectos definitivos, pues queda sujeta o supeditada a una suerte de confirmación a través del procedimiento administrativo que prevé le misma LPFMP, o de ulterior proceso de inquisición judicial.

b) Al niño presentado corresponde el apellido del identificado padre y de la madre

Conforme a la norma del artículo 235 del Código Civil, *el primer apellido del padre y de la madre forman, en ese orden, los apellidos de los hijos. El hijo concebido y nacido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida*

conocido”, lo cual también sería una presunción falsa, pues no se trataba de que la madre ignorara su identificación, si no que la ley le prohibía identificarlo.

86 Como ha ocurrido hasta ahora con la paternidad matrimonial, que surge ipso iure de forma presuntiva y no requiere “reconocimiento” por parte del supuesto padre.

87 En tal sentido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N°. 19. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008; HUNG VAILLANT; Francisco. *Derecho Civil I*. 4º Edición. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2009; GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Derecho Civil I. Personas*. 2º edición. Caracas: Ediciones Paredes, 2010.

88 En palabras de Hung Vaillant, *Ob. Cit.*, p. 124.

89 GRATERON Garrido, Mary Sol. *Ob Cit.*, p. 81.

en relación con ambos progenitores, tomará los apellidos de estos en el mismo orden que los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio (subrayado nuestro). Aún cuando en esta norma persiste la discriminación entre una y otra categoría de hijos, consideramos que su mandato resulta perfectamente aplicable en concatenación a la norma del artículo 21 LPFMP, en tanto que ésta última define y establece la filiación paterna presunta entre el hombre identificado por la madre y el niño que se inscribe ante el registro civil, de forma tal que conociéndose el padre y la madre (habiéndose establecido la filiación en relación a ambos progenitores), corresponderá al hijo consecuentemente la atribución de los apellidos paterno y materno, según lo dispone la transcrita norma⁹⁰.

Tal es así, que el mismo artículo 21 LPFMP dispone en su único aparte, los casos de excepción en lo que *con base al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes*, quedará *inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre*, por lo que, la exégesis normativa, no deja dudas respecto a que, fuera de estos excepcionales casos y por regla general, el niño quedará inscrito con los apellidos de ambos progenitores. Vale decir, el niño llevará el apellido del señalado como padre, aunque éste no sea el marido de la madre, ni haya concurrido a efectuar la presentación y reconocimiento.

Debe advertirse aquí, que además de los supuestos específicamente previstos por la norma como excluyentes o eximentes de la obligación de identificar al supuesto padre biológico (cuando el embarazo haya sido producto de violación o incesto), y que constituyen la razón (excepcional) para que el hijo lleve solamente los apellidos de la madre, consideramos que por analogía y siempre en interés de respetar el derecho del niño a conocer “la verdad” sobre la identificación del padre y la protección de dignidad de aquél, también puede y debe eximirse a la madre de identificar al padre, en los casos en que ésta desconozca o no posea certeza respecto de dicha identificación o no pueda precisar la paternidad, bien por no tener seguridad respecto del hombre a quien esta corresponde, o bien por desconocer su identidad (atributos de su personalidad: nombre civil, estado civil y

90 En tal sentido, de forma prudente se pronuncia Graterón Garrido, quien en referencia a la norma en comentario (art. 21 LPFMP) indica: “Cabe aquí la pregunta ¿cuáles serán los apellidos del niño en tanto transcurre el lapso para reconocer o no la paternidad? Aparentemente, los de los progenitores que aparecen en el acta de nacimiento formada”; GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Ob. Cit.*, pp. 81-82.

sede jurídica)⁹¹. Así mismo, debe preverse la posibilidad de que la madre por cualesquiera razones (expresadas o no) se niegue o se encuentre imposibilitada de suministrar el nombre del padre⁹², caso en el cual, a pesar de no satisfacerse el derecho del niño a conocer a su progenitor, proponemos debe procederse inmediatamente a levantar la respectiva acta, quedando inscrito el niño con los apellidos de la madre, pues el “deber” de aportar la identificación constituye una obligación de hacer que consecuentemente no es susceptible de ejecución forzosa en especie. No existiendo mecanismos inmediatos para obtener la identificación del padre, tal circunstancia no puede constituirse en traba para la inscripción del niño en el registro civil y dotarlo de instrumento de identidad⁹³.

En consonancia a lo dispuesto por la LPFMP, la norma del artículo 93 de la LORC, ordena que:

-
- 91 Resulta interesante referir que una de las principales reacciones en contra del contenido de la norma, se constituye en el suspicaz argumento sobre la posibilidad de que la madre no tenga certeza respecto a quién de varios hombres podría ser efectivamente el padre, o desconozca sustancialmente la identidad del mismo, por causa de su promiscuidad, o por resultar el embarazo como producto de un encuentro ocasional con un hombre virtualmente desconocido. Aún cuando estamos convencidos que esto no es lo que ocurre en la mayoría de los casos y ni siquiera en un porcentaje significativo, consentimos en que la situación puede presentarse, casos en los cuales, consideramos que al igual que en los nacimientos producto de relaciones incestuosas o violaciones, el interés superior del niño exime del deber de identificar al padre. Por demás, tal circunstancia de que “la madre desconoce el nombre o identidad del padre”, tampoco podrá expresarse en la respectiva acta, también por respeto a aquél interés superior.
- 92 “Ahora bien, surge una interrogante en cuanto a la identificación del padre cuando el niño es producto de técnicas de reproducción asistida con donante anónimo, o cuando la madre ejerce la prostitución, o es promiscua, o fue narcotizada y en definitiva no sabe quien es el padre ¿A quién se indicará en el acta? No estando prevista esta situación ni el la LOPNNA ni en la Ley para Protección de las familias, la Maternidad y la Paternidad, consideramos que en el acta de nacimiento solo aparecerá el nombre de la madre y el niño en consecuencia llevará los apellidos de esta (sic) por aplicación del artículo 238 del Código Civil”. GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Ob. Cit.*, p. 108.
- 93 “De tal suerte, que lo primero que sostenemos es que en modo alguno se puede pretender obligar a la madre a hacer la indicación del presunto padre. Ello por cuanto ciertamente podrán plantearse supuestos en los cuales la madre de buena fe no esté en capacidad de realizar tal mención, porque no tenga certeza sobre la identificación del padre o respecto a la paternidad. Y como dicha circunstancia no podrá ser referida en la correspondiente partida de nacimiento porque constituiría una mención estigmatizante para el hijo, la consecuencia jurídica necesaria es que se ha de levantar la respectiva partida de nacimiento sin la indicación del padre. Y dicho levantamiento ha de ser inmediato, so pena de violentar el derecho constitucional de todo niño a ser inscrito en el Registro del Estado Civil consagrado en el artículo 56 de la carta magna”; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N°. 19. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 230-231.

Todas las actas de nacimiento, además de las características generales, deben contener: () 4. Nombres y apellidos del presentado o presentada. () 7. La expresión “hijo de” o “hija de”. 8. Nombres, apellidos, número único de identidad, nacionalidad, edad, profesión y residencia del padre y de la madre; nombres, apellidos, número único de identidad, nacionalidad, edad, profesión y residencia de las personas que comparezcan al acto, ya sean declarantes o testigos. () Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, omitiendo el estado civil de los mismos.

Con lo cual, dicha ley viene a reforzar el contenido de la norma de la LPFMP, reafirmando la obligación de identificación del padre en “*todas las actas de nacimiento*”, sin exigir para ello la presencia del padre o la manifestación de su voluntad reconocedora, y proscribiendo el señalamiento sobre el estado civil de los progenitores.

De manera contraria a la aquí expuesta, considera Domínguez Guillén que no obstante la previsión del artículo 21 de la LPFMP, el acta de nacimiento así levantada no constituye *per se* establecimiento de la filiación paterna, ni da lugar a la imposición del apellido del presunto padre, hasta tanto la referida filiación paterna no quede legalmente establecida por vía administrativa o judicial⁹⁴.

c) Efectos probatorios del acta de nacimiento en cuanto a la presunta filiación paterna derivada del solo dicho de la madre

Posiblemente el aspecto de mayor complejidad jurídica que implique la exégesis de la norma del artículo 21 LPFMP, sea la determinación de los efectos probatorios que pueden atribuirse al acta de nacimiento en la que se ha identificado la filiación paterna extramatrimonial, pero sin el concurso

94 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1, 3ª Edición. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, pp. 574 - 575: “De allí que la pretendida obligación -que pretende imponer el artículo 21 de la LPFMP- de la madre de indicar en al momento de la presentación de su hijo el nombre del presunto padre, -sin prueba alguna, no obstante el inicio del respectivo procedimiento administrativo de investigación de la paternidad-, no afecta en nuestro criterio la determinación de los apellidos. Esto es, creemos que la sola indicación del nombre del padre sin haber quedado establecida legalmente (bien sea por vía administrativa o judicial) la filiación carece de valor probatorio y por tal -y por el propio interés del menor-, el niño o niña solo podría utilizar los apellidos del progenitor cuya filiación se encuentre establecida. Es decir, la determinación de los apellidos ha de seguir teniendo lugar de conformidad con los artículos 235 y ss del CC”. (Resaltado nuestro).

del supuesto padre: sin reconocimiento . La delatada dificultad deriva de la necesaria contraposición o ponderación entre la fuerza probatoria que la ley le concede a este tipo de instrumento y a su contenido (acta del estado civil – documento público), por una parte, y por la otra, el hecho de que otras normas de la misma ley, contemplan ulteriores procedimientos, administrativo y/o judicial, para comprobar o no dicha paternidad, lo que hace patente el carácter provisional o no definitivo de la paternidad reflejada en el acta.

Posibles interpretaciones:

c.1) El acta de nacimiento es prueba de la filiación paterna indicada por la madre

Establecida la paternidad y correspondiendo al hijo el apellido de ambos progenitores, el acta respectiva es prueba legal de su nacimiento, así como de su estado civil filiatorio (paterno y materno), debiendo tenerse al señalado padre como progenitor del niño inscrito para todos los efectos legales.

Conforme a la previsión del artículo 1.360 del Código Civil, *el instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación*, de manera que al exigirse legalmente a la madre que declare respecto de la identificación del padre y estamparse dicha identificación en el acta, se está concediendo “plena fe” a dicha identificación y paternidad, lo cual además se ve reforzado por la norma del artículo 77 de la LORC, que insiste en que *Las actas del Registro Civil tendrán los efectos que la ley le confiere al documento público o auténtico*⁹⁵.

Resulta claro que la norma del artículo 21 LPFPM, da valor probatorio al dicho de la madre y en tal sentido el acta en cuestión hace prueba del nacimiento del niño, su sexo, lugar y fecha de nacimiento, así como de la identificación de sus progenitores. En cuanto a la identificación del padre como dato exigido y contenido en la partida, –aún cuando la mención no era legalmente necesaria- la misma norma ordena al funcionario actuante que apereciba a la madre respecto de las sanciones penales (privativas de la

95 Aún antes de la entrada en vigencia de la LORC, el Código Civil, a través del hoy derogado artículo 457, concedía fe al dicho de los declarantes, disponiendo que: “Los actos del estado civil registrado con las formalidades preceptuadas en este Título, tendrán el carácter de auténticos respecto de los hechos presenciados por la Autoridad. Las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario. Las indicaciones extrañas al acto no tendrán ningún valor, salvo disposición especial”. (Subrayado nuestro).

libertad) que podría sufrir en caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurriendo en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal, específicamente –entendemos– el delito de falsa atestación ante funcionario público tipificado en el artículo 320 del Código Penal⁹⁶, que en forma de delito agravado contempla pena de prisión de seis (6) a dieciocho (18) meses, cuando se trate de la falsedad contenida en *un acto del estado civil*. Adicionalmente, consideramos que si el hecho de la falsa paternidad se ha atribuido “maliciosamente”⁹⁷ a un hombre casado o una figura pública, cuya implicación pueda causar lesiones a su honor o reputación, podríamos estar en presencia de otras figuras delictivas, y en todo caso siempre habrá lugar a la indemnización del daño moral que se cause. Por demás, es notorio que si la propia ley apercibe a la madre de sancionarle por delitos contra la fe pública, ello sólo puede aceptarse precisamente porque la ley concede “fe pública” a su dicho, lo cual resulta de perogrullo⁹⁸.

96 **Artículo 320 Código Penal.** “El que falsamente haya atestado ante un funcionario público o en un acto público, su identidad o estado o la identidad o estado de un tercero, de modo que pueda resultar algún perjuicio al público o a los particulares, será castigado con prisión de tres a nueve meses.

En igual pena incurre el que falsamente haya atestado ante un funcionario público o en un acto público, otros hechos cuya autenticidad compruebe el acto mientras no sea destruida su fuerza probatoria, mediante tacha o impugnación de falsedad, siempre que de ello pueda resultar un perjuicio al público o a los particulares.

Si se trata de un acto del estado civil o de la autoridad Judicial, la pena será de seis a dieciocho meses de prisión. (...)”.

97 Cualquier relación sexual (que implique copulación) sostenida entre la madre y el indicado padre en el período de la concepción, bastará para entender que la imputación es fundada, o cuando menos posible y razonable, aún cuando la mujer haya tenido contacto sexual con otros hombres en el mismo período. En consecuencia, la atribución de paternidad resultará maliciosa, dolosa o de mala fe, cuando la mujer no conozca de circunstancias fácticas que verosíblemente le hagan creer que el hombre señalado es el padre del niño que se presenta, lo cual obviamente ocurrirá exclusivamente en caso de que la mujer no haya tenido ningún contacto sexual (coito vaginal) con el hombre durante el período de la concepción.

98 En contra de esta posición se manifiesta calificada doctrina que sostiene: “Vale aclarar que no obstante la redacción del artículo 21 de la LPFMP, la simple mención del padre en la partida de nacimiento, carente de valor probatorio (porque no supone filiación legalmente establecida) y con sentido enteramente provisional. No da lugar en modo alguno a la utilización del apellido paterno porque ello no constituye establecimiento legal de la filiación; interpretar lo contrario no sólo es jurídicamente improcedente sino enteramente perjudicial a los efectos de la documentación del menor. Por lo que hasta tanto la filiación no sea legalmente establecida, bien sea por vía administrativa o por vía judicial, de conformidad con el artículo 238 del Código Civil, el hijo llevará los apellidos del progenitor respecto del cual se ha establecido la filiación”. (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. Ob. Cit, p. 234). Consideramos importante destacar que esta posición de la Profesora Domínguez se formuló antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Registro Civil y la derogatoria

Aún cuando no existe exposición de motivos o debate legislativo respecto de la creación específica de esta norma del artículo 21 LPFMP, la búsqueda de la intención del legislador, apunta a la idea de cambio, y si se quiere de un cambio radical, pues por una parte se derogó expresamente la norma que prohibía mencionar al padre (extramatrimonial) cuando éste no se presentaba personalmente o por apoderado a realizar la inscripción o reconocimiento del niño (art. 468CC), y por otra parte, se impone ahora la obligación de identificar a ese mismo padre, lo que se ve reforzado, en la norma del artículo 93 LORC, al disponer que en toda acta se identifiquen a padre y madre y se prescindan de toda mención de su estado civil matrimonial y del tipo de filiación de que se trate⁹⁹.

Así, conforme a esta posición, debe tenerse por padre al hombre identificado por la madre al momento de la inscripción del niño, por supuesto, existiendo la posibilidad de que posteriormente se determine la falsedad de dicha filiación, a través de procedimiento administrativo o judicial. Circunstancia ésta (posibilidad de revisión o cambio), que da lugar a la interpretación exactamente contraria a la expuesta, que pasamos a revisar seguidamente.

c.2) El acta de nacimiento NO es prueba de la filiación paterna indicada por la madre

La disposición sustantiva del artículo 21 LPFMP claramente determina la inclusión en la partida o acta de nacimiento de la identificación del presunto padre, lo cual conforme a la interpretación precedente daría lugar *per se* a que sea aquel identificado el que debe tenerse como padre del presentado, sin embargo, las normas adjetivas de los artículos 22 al 31 *eiusdem*, disponen un procedimiento para la notificación personal (y en su defecto por la

expresa de relevante normativa del Código Civil, por lo que sostuvimos entrevista personal, en la cual nos manifestó que “ni la propia LORC cuando refiere la indicación de los apellidos debería pretender colocar el del mencionado como padre por la sola mención de la madre, porque la filiación no está legalmente establecida y hasta tal, no genera efectos jurídicos. Por otra parte puede mediar un tiempo largo en tal establecimiento o tal vez no materializarse, por lo que se tendría el absurdo supuesto de alguien que detenta un apellido paterno de una filiación no establecida, siendo ello contrario al propio interés del menor, entre otros”.

99 En entrevista efectuada al colega Profesor Juan Carlos Pinto, ex Director de la Oficina Nacional de Registro Civil del Consejo Nacional Electoral y proyectista de la Ley Orgánica de Registro Civil, nos refirió que precisamente el contenido de este artículo se redactó en consonancia con la norma del artículo 21 de la LPFMP y a los fines de procurar que la persona desde su inscripción en el registro cuente con la identificación de un padre y una madre, indistintamente del estado civil matrimonial de éstos, ello en aplicación directa del precepto contenido en el artículo 56 Constitucional.

impresión) del presunto padre, a los fines de que comparezca ante el Registro Civil “a reconocer o no su paternidad”, existiendo la posibilidad de que en sede administrativa se reconozca definitivamente la filiación; o en su defecto (en caso de incomparecencia del presunto padre o negativa a efectuarse la prueba heredobiológica), se remitan *las actuaciones al Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente*.¹⁰⁰

Estas disposiciones adjetivas de la LPFMP, sirven de lógico sustento a la doctrina para entender que la filiación paterna señalada por la madre y estampada en el acta de nacimiento, posee carácter provisional o no definitivo, llegando incluso a negársele todo valor probatorio y consecuencias jurídicas, limitándola al único efecto de dar lugar al inicio del procedimiento inquisitivo de paternidad. En tal sentido, el profesor Francisco Hung¹⁰¹ al analizar la norma refiere:

() La normativa señalada tiene por finalidad proporcionar el establecimiento de la filiación paterna en el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio y fuera de las uniones estables de hecho.

Lo más importante del nuevo texto legal consiste en que la inscripción en el Registro Civil, efectuada en la forma indicada, desencadena un conjunto de trámites que llevan a organismos públicos a tramitar un procedimiento tendiente al establecimiento de la filiación paterna.

En efecto, el señalamiento que haga la madre presentante del presunto padre, no tiene efectos definitivos; solamente provoca una actividad de los organismos públicos que pueda desembocar en el establecimiento de la filiación paterna por reconocimiento voluntario del padre (art 27). Igualmente, puede conducir al establecimiento de la paternidad o a su impugnación con la utilización de pruebas de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otras experticias conducente. (Resaltado de la cita, subrayado nuestro).

Como se observa, este autor le atribuye carácter “no definitivo” a la atribución de paternidad, pero no expresa cuáles serían los efectos temporales de dicha determinación. Seguidamente señala que “*solamente*” da paso al procedimiento administrativo tendiente al establecimiento de la filiación,

100 Artículos 23 CC y 31 LPFMP.

101 HUNG VAILLANT, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 124.

con lo cual, pareciere que más que entender la determinación de la paternidad como provisional o temporal, le resta todo valor o eficacia jurídica, limitándola a ser una especie de trámite de impulso del procedimiento inquisitivo de paternidad.

De su parte, Mary Sol Graterón¹⁰² si bien considera que el niño inscrito llevará los apellidos del presunto padre, respecto de la patria potestad refiere:

En este caso, en la partida de nacimiento del niño contendrá la identificación de sus progenitores, pero cabe preguntarse: **¿El hecho que aparezca señalado el supuesto padre, resulta suficiente para reconocer el ejercicio de la patria potestad?** Consideramos que no, por cuanto se apertura un procedimiento administrativo a los efectos que esta persona señalada comparezca, previa notificación y transcurso de los lapsos que la misma ley señala ante el Registro Civil a fin de reconocer o no su paternidad. Ahora bien, si el señalado como padre efectivamente reconoce su paternidad, consideramos que será a partir de ese momento en que efectivamente tendrá ejercicio conjunto de la patria potestad¹⁰³. (Negritas de la cita, subrayado nuestro).

Esta autora considera que hasta tanto no se confirme o reafirme la paternidad a través de un reconocimiento voluntario o forzoso, no habrá lugar al ejercicio de la patria potestad por parte del presunto padre, lo que nos hace entender que esta autora no concede eficacia jurídica ni probatoria a la paternidad atribuida por la madre y asentada en el acta, en cuanto excluye una de las principales consecuencias de dicha paternidad, ello a pesar de que si considera la utilización del apellido paterno por parte del niño.

Por último, la posición más extrema y sustanciada en relación a la ineficacia de la determinación de paternidad verificada conforme a la norma del artículo 21 LPFPM, la presenta María Candelaria Domínguez¹⁰⁴, quien afirma:

102 En entrevista concedida por la Prof. Mary Sol Graterón, nos manifestó que sin dudas la norma implica la atribución del apellido paterno respecto del niño presentado, pero que por el carácter provisional considera que queda excluido el ejercicio de la patria potestad hasta tanto se verifique el reconocimiento. Considera que de *lege ferenda* la norma resulta perfectible, para lo cual esboza la idea de distinguir entre un “certificado de inscripción” que indique el nombre del presunto padre, y una ulterior acta de nacimiento que defina la filiación, debiendo existir un tiempo perentorio entre la creación de uno y otro instrumento, para no incurrir en los múltiples problemas que pueden derivar de la delatada provisionalidad.

103 GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Ob. Cit.*, p. 199.

104 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad*

De tal suerte, que lo primero que sostenemos es que en modo alguno se puede pretender obligar a la madre a hacer la indicación del presunto padre. Ello por cuanto ciertamente podrán plantearse supuestos en los cuales la madre de buena fe no esté en capacidad de realizar tal mención, porque no tenga certeza sobre la identificación del padre o respecto a la paternidad. Y como dicha circunstancia no podrá ser referida en la correspondiente partida de nacimiento porque constituiría una mención estigmatizante para el hijo, la consecuencia jurídica necesaria es que se ha de levantar la respectiva partida de nacimiento sin la indicación del padre.

() Como dicho establecimiento filiatorio puede tardar meses o años, es perfectamente práctico que los apellidos originarios del progenitor cuya filiación esté establecida puedan mantenerse o cambiarse -según decisión del interesado- en caso de establecimiento posterior de la filiación, al margen de la producción de efectos jurídicos. Vale aclarar que no obstante la redacción del artículo 21 de la LPFMP, la simple mención del padre en la partida de nacimiento, carente de valor probatorio (porque no supone la filiación legalmente establecida) y con sentido enteramente provisional, NO da lugar en modo alguno a la utilización del apellido paterno porque ello no constituye establecimiento legal de la filiación; interpretar lo contrario no sólo es jurídicamente improcedente sino enteramente perjudicial, a los efectos de la documentación del menor. Por lo que hasta tanto la filiación no sea legalmente establecida bien sea por vía administrativa o por vía judicial, de conformidad con el artículo 238 del Código Civil, el hijo llevará los apellidos del progenitor respecto al cual se ha establecido la filiación.

Las actas del estado civil, en razón de su relevancia, presentan en principio una presunción de veracidad, no obstante el distinto valor probatorio de las menciones contenidas en ellas, según de quien emane, de conformidad con el Art. 457 del Código Civil. No parece jurídicamente conveniente, dada la naturaleza de las actas del estado civil que una mención tan relevante como la filiación paterna extramatrimonial tenga carácter provisional por carecer de valor probatorio *ab initio*, y que la correspondiente partida de nacimiento esté sujeta a quedar sin efecto o ser cambiada innecesariamente, según la suerte del procedimiento administrativo o judicial a los fines del establecimiento filiatorio.

El inconveniente que vemos en la nueva ley, es atribuir carácter provisional a la partida de nacimiento paterna carente de valor probatorio hasta que sea

en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. Ob. Cit., pp. 234-241.

confirmada en un procedimiento administrativo que puede prolongarse en el tiempo, creando una temporalidad inicial enteramente perjudicial para el niño o niña, puesto que dicho instrumento fundamental inicialmente extendido está llamado -según la nueva ley- a quedar sin efecto. Por eso, pensamos que si bien la idea de fomentar o propiciar la investigación de la paternidad extramatrimonial es positiva, ello no debió afectar la circunstancia práctica y jurídica de levantar una partida de nacimiento únicamente con los datos ciertos con que se cuenta al momento de extender la misma. Sin que ello sea óbice para que la investigación administrativa o judicial de la paternidad, cuando fuere definitiva, quede reflejada en la correspondiente acta, mediante el mecanismo de las notas marginales. Dándole así como en efecto, sabiamente lo había consagrado el Legislador, un carácter permanente desde su levantamiento a la partida de nacimiento y no permitiendo la colocación de datos de los cuales no se tenga certeza al momento de su expedición. De hecho, constituye un principio elemental que no se puede atribuir efectos jurídicos a terceros por la sola voluntad del declarante, de allí que anteriormente no se pudiera colocar en la partida de nacimiento la indicación del nombre del padre si éste no efectuaba personalmente o por mandatario especial el reconocimiento, pues ello se consideraba una mención prohibida susceptible de ser corregida por vía de rectificación.

Con la nueva ley, lo que antes constituía una mención prohibida en el acta de nacimiento, ahora constituye *ab initio*, una mención obligatoria, pues la normativa señala que se indicará siempre el nombre del padre y *a posteriori* se investigará la realidad de la filiación; la suerte de un instrumento fundamental vital -como es el acta de nacimiento- fue sacrificada con miras a facilitar la investigación de la paternidad. Pero como indicamos, para lograr esto último no debía afectarse la esencia de la partida de nacimiento que como toda acta del estado civil, debe expedirse con presunción de veracidad y exactitud; era suficiente ordenar la investigación de la paternidad con la única colocación de los datos ciertos hasta ese momento.

La citada doctrina, destaca el sentido de “provisionalidad” de la paternidad atribuida, lo que hace procedente y pertinente la crítica de la ley respecto a la posibilidad de “cambios” de las actas de nacimiento, sustituyéndolas unas por otras, así como la posibilidad de cambio sobrevenido de la filiación y de los apellidos del hijo. No obstante, en nuestro criterio este carácter provisional no resulta suficiente para sustentar la conclusión de negar todo

efecto o consecuencias jurídicas a la identificación del presunto padre en el acta, pues amén de la consideraciones *supra* expuestas en cuanto a la fuerza probatoria que la ley atribuye a dicha acta y las menciones que contiene, podemos preguntarnos: ¿si el acta es “provisional”, entonces mientras dura esa provisionalidad, no debería tener valor “temporal”?; por otra lado: estando sustentado –hasta ahora– el establecimiento de la paternidad en un sistema de presunciones, ¿no está sometida cualquier paternidad a la posibilidad de revisión y modificación, y consecuentemente a la posibilidad de cambio de filiación y de apellidos?. Más aún: si como ocurría en el sistema anterior, se levantan actas donde sólo se identifica a la madre, ¿no son esas actas, absolutamente provisionales, pues quedan a la espera de que se cumpla el mandato constitucional de establecer ambas filiaciones?.

No son pocos los casos en que se ataca y se modifica la filiación legal, pues sustentada ésta en presunciones y no en prueba directa, pareciere siempre sujeta a revisión. En tal sentido, la propia profesora Domínguez refiriéndose al reconocimiento voluntario por parte del padre, indica que “la filiación se desprende en tal caso de la voluntad al margen de la realidad de la misma, la cual podrá ser impugnada”¹⁰⁵, de lo que se infiere que en tales casos se establece una filiación que no necesariamente coincide con la real o biológica, y que siempre podrá ser impugnada, por lo que también en estos casos de reconocimiento voluntario, podría sostenerse que se trata de una filiación “provisional”, lo que implicaría por ende –de acogerse este criterio– que pueda abordarse la misma conclusión de que por ser revisable, su reconocimiento podría afectar el interés superior del niño, y por vía de consecuencia, negarse la posibilidad de que el niño lleve el apellido del padre reconocedor. En el mismo sentido, en la filiación matrimonial, los únicos hechos ciertos que se conocen para el momento de levantar el acta o realizar la inscripción serían el nacimiento, la identificación de la madre, y la identificación del esposo de la madre, sin que se exista prueba cierta de que éste sea el padre, motivo por el cual si se aplican radicalmente los anteriores criterios, podríamos entender que por no existir certeza respecto de dicha paternidad (sino una presunción), dicha paternidad está sujeta a revisión y cambio, siendo consecuentemente “provisional”. Y más grave aún, con el mismo razonamiento referido a la provisionalidad y en atención al mandato constitucional de establecimiento de la filiación biológica, entonces no debería jamás aceptarse un acta de nacimiento

105 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Marfa. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit, p. 289.

en donde sólo se identifique a la madre, pues atendiendo al hecho natural de que toda persona tiene un padre biológico, no cabe dudas de que dicha acta es radicalmente “provisional”, debiendo cambiar en algún momento posterior cuando se determine la paternidad.

Si se consideran estos simples ejercicios de analogía, podría contradecirse razonablemente la conclusión de que la falta de prueba directa (certeza) y la provisionalidad que afectan la paternidad prevista en el artículo 21 LPFPM, sirvan de sustento para eliminar a ésta todo valor probatorio y efecto jurídico.

Por otra parte, y en el campo de la realidad social, es posible que el señalado como padre en el acta, aún cuando no haya concurrido a reconocer al niño ejerza la posesión de estado, e incluso sea aquél quien pretenda servirse del acta de nacimiento así levantada (por ejemplo para exigir un régimen de convivencia familiar o visitas), supuestos en los cuales el juez deberá ponderar tales circunstancias, sin que ninguna posición extrema, parezca cien por ciento aceptable en los actuales momentos.

Resulta claro que la normativa en comentario se presta para disímiles interpretaciones, por lo que el debate aún se muestra insipiente y cualquier posición se brinda como sostenible¹⁰⁶.

d) La norma en comentario constituye una aproximación a la igualdad de filiación y una ejecución práctica, positiva y directa de la Garantía Constitucional de conocer la identidad de los padres y al reconocimiento y establecimiento legal de la filiación biológica

En nuestro criterio, la disposición legal en comentario –según referimos– constituye un verdadero cambio de paradigmas y un incuestionable avance en el tema de la igualdad de filiación y en el reconocimiento y establecimiento legal de la paternidad, inscribiendo a nuestro país en el proceso de desarrollo que en dicha materia han iniciado hasta ahora muy pocos países latinoamericanos. En tal sentido, hasta la fecha, solo conocemos de dos legislaciones nacionales y una regional (estado federal), que en procura de la facilidad en el establecimiento de la paternidad, han avanzado normativamente creando brevísimos procedimientos administrativos, en los cuales se dispone que la

106 “En todo caso, los juristas estamos habituados al debate, a la confrontación de ideas y puntos de vista, a la diferencia de matices. No es nada fácil que todos, absolutamente todos, coincidan en determinadas cuestiones. El derecho, que es primariamente vida, refleja su problemática, su impredecibilidad y sus contradicciones. No es, ni de lejos, una ciencia exacta”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 232.

madre bajo “gravedad de juramento” proceda a la identificación del presunto padre, quien al ser notificado debe negar o aceptar la paternidad atribuida, entendiéndose la aceptación (reconocimiento) tácita y definitiva en los casos de incomparecencia. Tal es la situación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil de Costa Rica (modificada en su artículo 54 por la Ley de Paternidad Responsable del 27 abril de 2001)¹⁰⁷, el Código de la Familia de la República de Panamá (modificado por Ley No. 39 de 30 de abril de 2003)¹⁰⁸, y de la Ley de Paternidad Responsable del Estado de Tamaulipas¹⁰⁹ de la República Mexicana¹¹⁰.

107 **“Artículo 54.- Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio**

En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación. En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos”.

108 Gaceta Oficial No. 24.794 de fecha 6 de mayo de 2003. www.glin.gov/download.action?fulltextId=47087&documentId=136469 Consultado 10/09/10.

109 www.ordenjuridico.gob.mx/estadal/TAMAULIPAS/leyes/tamley37.pdf Consultado 10/09/10.

110 Con antecedente legal en la referida legislación regional, reposa en el Congreso mexicano, un proyecto

Las citadas legislaciones, sin embargo, disponen que hasta tanto se verifique el procedimiento administrativo –citación del presunto padre, su aceptación o negativa de paternidad (o incomparecencia), verificación de la prueba en caso de negativa- el niño permanece inscrito con la única identificación de la madre y sus apellidos, con lo cual, si bien se ha avanzado procedimentalmente en la procura del establecimiento de la paternidad, poco se ha adelantado sustantiva o materialmente en su directo e inmediata determinación y establecimiento. Posición que por demás, reconocemos, es la sugerida por la doctrina nacional¹¹¹.

Estamos en conciencia de que posiblemente la principal causa del escepticismo que se manifiesta respecto de la norma, viene constituida por la desconfianza popular en cuanto a considerar que las madres procederán -casi colectivamente- a imputar la paternidad de sus hijos a personajes resaltantes o figuras públicas emblemáticas (artistas, políticos, conocidos millonarios, deportistas, etc.), o lo que podría ser peor, a endilgar sus hijos a “respetables hombres casados” con la maligna finalidad de molestar la paz conyugal y familiar. Estos suspicaces argumentos o preocupaciones, que por demás escapan en esencia del orden jurídico, en poco o nada pueden prevalecer o contraponerse a la finalidad y utilidad social que la norma contiene y que se constituye en expresión y aplicación directa de principios y garantías constitucionales:

En primer lugar, la norma del artículo 56 Constitucional dispone de forma clara y tajante los derechos o garantías de “llevar el apellido del padre”; “conocer su identidad”; a “investigar la paternidad”; y a “obtener documentos de identidad que comprueben la identidad biológica”. Siendo así, es fácil advertir que la disposición del artículo 21 LPFMP, además de desarraigat y prácticamente fulminar la concepción machista dominante hasta los momentos, de forma clara se constituye en un mecanismo idóneo

de Ley General (nacional) de Paternidad Responsable, que recoge el mismo tipo de procedimiento administrativo, y diferenciadamente dispone que la negativa del supuesto padre a realizarse la prueba de ADN, da lugar al inmediato establecimiento de la filiación respecto del hijo. Véase: Proyecto que crea la Ley General de Paternidad Responsable; y Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones del Código Civil Federal, a Cargo de la Diputada Augusta Valentina Díaz de Rivera Hernández, del Grupo Parlamentario del Pan. Sistema de Información Legislativa (SIL). México. Consultado en <http://sil.gobernacion.gob.mx> el 10 de enero de 2011.

111 Diferenciadamente, consideramos que la legislación patria podría mostrarse ufana al haberse emancipado de falsas concepciones moralistas, supuestamente protectoras de la institución del matrimonio y de la paz social, y que sólo impiden el acceso directo a la filiación paterna.

para acceder y dar cumplimiento al referido mandato constitucional, en tanto que desde el momento mismo de la inscripción de la persona en el registro civil, le da satisfacción al requerimiento de “conocer” a su padre biológico, a establecer su filiación, utilizar el apellido paterno y ostentar un documento de identidad (el primero en su vida) indicativo de su identidad biológica, con prescindencia del estado civil matrimonial de sus progenitores¹¹². De esta forma, la identidad real y la filiación legal del niño, no dependerán más del estado civil matrimonial de la madre (circunstancia que expresamente proscribe el texto constitucional), ni de la simple voluntad reconocedora del padre, ni mucho menos requerirá que la madre del niño (en su representación) o luego éste -de adulto-, deban recurrir a un ulterior proceso judicial de inquisición para exigir el ejercicio de un derecho de la personalidad¹¹³, que además corresponde a la persona desde su nacimiento y por fuerza de la propia naturaleza.

Como hemos referido, en contra de esta posición se manifiesta la Profesora María Candelaria Domínguez, quien considera que por tratarse de una determinación provisional, siempre debe recurrirse a un ulterior procedimiento, ya sea administrativo o judicial, y que por ello, no se trata de una presunción, resultando más conveniente que se hubiere determinado por la ley, que se investigara a través de un expediente paralelo y una vez

112 “El primero de los artículos -56- consagra el derecho a la identidad de los ciudadanos, derecho el cual se considera inherente a la persona humana y del cual no se puede prescindir, lo cual genera paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal, la cual debería coincidir con la identidad biológica, todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad, el cual se interrelaciona y se desarrolla con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”. (SC TSJ, Sent. N° 1443 del 14-08-08).

113 “Las personas tienen ciertos derechos personalísimos, es decir, como su nombre lo indica se trata de derechos inherentes al individuo o sujeto de derecho, los cuales son absolutamente necesarios para su desarrollo y existencia. Ellos permiten el goce pleno de su condición de persona y a su vez constituyen valores necesarios para la misma. () El ser humano por el hecho de existir adquiere ciertos derechos esenciales para su desarrollo. Al venir al mundo un nuevo ser humano, le acompañan durante toda su vida un conjunto de derechos innatos, originarios, que le corresponden tan sólo por el hecho de ser hombre: son los llamados derechos de la personalidad. Se trata a decir de Cifuentes de *derechos subjetivos privados, innatos, vitalicios que tienen por objeto manifestaciones de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical*. (...) La vida, el honor, la identidad, la imagen o la voz se mezclan con la persona misma y es por eso que el estudio de tales derechos no puede ser visto con el mismo matiz de los derechos patrimoniales. A propósito de ello podemos decir que los bienes o derechos de la personalidad representan los bienes o valores mas valiosos que posee toda persona”. (subrayado nuestro). DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al Estudio de los Derechos de la Personalidad*. Revista de Derecho N° 7. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, pp. 54, 57 y 58.

determinada definitivamente la filiación, se estampara la respectiva nota marginal. Por demás, para esta especialista en la materia, la disposición del artículo 21 LPFMP constituye una impropiedad del legislador y considera que en la partida o acta de nacimiento sólo deben constar “los datos de los que se tenga certeza en ese momento”¹¹⁴.

En segundo lugar, la posibilidad de que la norma pueda ser empleada para atribuir maliciosamente una paternidad falaz en perjuicio del imputado padre, se constituye en un argumento, si se quiere metajurídico, pues en términos generales cualquier norma legal atributiva de derechos puede ser utilizada de forma ilícita en lo que se conoce como abuso de derecho. En tal sentido, la circunstancia de que una persona pueda mentir o utilizar fraudulentamente mecanismos legales para descargar contra otra su *animus nocendi* o injurioso, en nada desdice o descalifica el precepto legal, pues de ser así, resultarían ilícitas las normas que permiten interponer denuncias y demandas, e inclusive las que garantizan la libertad de expresión, todas las cuales aún siendo expresiones puras de derechos constitucionales, pueden ser mal utilizadas o empleadas para atribuir falsedades en perjuicio de cualquier persona, existiendo en contra y para ello, mecanismos legales que sancionan la calumnia, la simulación de hechos punibles y la difamación. Así, como en este supuesto, se prevén sanciones penales e incluso responsabilidades civiles para los casos de maliciosa y falsa imputación de paternidad.

No dudamos que puedan verificarse en la práctica casos de falsa imputación, que hoy sirven a nuestras suspicaces mentes patriarcales como fundamento crítico, empero, una reflexión serena y conciente de la realidad social, aboga por el respeto y ejecución pragmática y directa de los principios constitucionales, que la más de las veces resultarán favorecidos, pues es racionalmente predecible que en la gran mayoría de los casos, como

114 En opinión de la Profesora Domínguez: “si bien es plausible la investigación general de la paternidad en todos los casos de filiación extramatrimonial, se debió mantener el principio básico según el cual la partida se levanta con los datos precisos, cuya veracidad pueda ser acreditada en el momento de su inscripción. () Ciertamente el sistema actualmente consagrado en la LPFMP no constituye un avance en la protección y beneficio del menor, en lo atinente a la suerte de un documento fundamental probatorio como es la respectiva acta de nacimiento. De allí que sería sumamente útil, que de *lege ferenda* se corrigiera la impropiedad jurídica y práctica contenida en la ley en comentarios respecto a la partida de nacimiento, esto es, que manteniéndose la investigación de la paternidad indicada en el expediente administrativo, en la partida inicialmente levantada sólo consten los datos de los que se tenga certeza en ese momento”. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit., pp. 341-342.

de facto ocurre en las demandas de inquisición de paternidad, existirá la debida correspondencia entre el padre biológico y el padre legal señalado por la madre¹¹⁵.

Por demás, la propia ley en análisis contempla los mecanismos procedimentales para que el afirmado padre, de una forma expedita y gratuita, a través de un breve procedimiento administrativo en el que ni siquiera requiere asistencia legal, niegue la pretendida paternidad, se someta una prueba heredobiológica y excluya científica y legalmente su supuesta paternidad. Lo que garantiza su derecho a la defensa y de forma casi inmediata le reivindicaría de la falsa acusación, si tal fuere su inocencia. Concluyendo así, no solo en la constitucionalidad de la norma, sino también, en su necesidad y conveniencia en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia que postula nuestra carta fundamental y sus correspondientes valores de justicia, igualdad, solidaridad, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, la ética y la dignidad humana¹¹⁶.

e) La identificación del presunto padre por parte de la madre, da lugar a un procedimiento administrativo de reconocimiento forzoso, que puede conllevar al establecimiento definitivo de la paternidad

Una vez establecida la filiación paterna derivada de la identificación del padre verificada por la progenitora presentante del niño, *ipso iure* debe darse apertura y trámite a un procedimiento administrativo donde se permita al supuesto padre, confirmar (reconocer) dicha paternidad o negarla, permitiéndose en caso de negativa la promoción y evacuación en forma gratuita de la “prueba de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín”¹¹⁷.

115 Como argumento al margen y aún a riesgo de incursionar torpemente en el campo sociológico que no manejamos- cabría cuestionarnos: Si por años (más de dos siglos) hemos dado credibilidad a la honestidad de las mujeres casadas, considerando y aceptando que los hijos engendrados por ellas, han sido procreados por sus maridos, al punto de establecer un brevísimo lapso de caducidad para la interposición de la acción de desconocimiento: ¿por qué no creer en este momento histórico en la honestidad de la mujer soltera que decide tener descendencia?

116 Artículos 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

117 **Artículo 28. Experticia para el establecimiento de la paternidad.** 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 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.

Luego de la notificación y emplazamiento del supuesto padre (personalmente o por cartel publicado en la prensa, conforme a las normas de los artículos 23, 24 y 25 LPFPM), pueden presentarse varias circunstancias, con diferentes consecuencias jurídicas:

i) El supuesto padre comparece y reconoce la paternidad, con lo cual la ley acepta dicho reconocimiento voluntario, y ordena conforme al artículo 27 que se expida una nueva Acta de Nacimiento “que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto”, disponiéndose igualmente que la “nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo aquí establecido”¹¹⁸. Culmina así el procedimiento administrativo, y el niño queda inscrito con identificación de ambos progenitores y con el apellido de ambos. Aún cuando no encontramos sentido en eliminar (dejar sin efecto) la primera partida, entendemos que en la nueva partida que se redactará, se indicará (falsamente por demás) que han comparecido ambos progenitores a presentar y reconocer al niño. No explicando la ley, que fecha se colocará al acta, ni los efectos retroactivos de ésta.

Las normas de la LPFMP, al igual que la LORG dispone la eliminación de actas y la formación de otras nuevas, lo cual puede resultar bastante engorroso en la práctica, pues puede ocurrir que el reconocimiento se verifique varios años después de la presentación o inscripción del niño, con lo cual ya habría sido utilizada el acta original para algunos actos, como la inscripción en el colegio o la expedición de pasaportes, creándose toda una situación de inconsistencia documental al extender una nueva acta, que seguramente (por la inmutabilidad de los libros), tendrá otra fecha de expedición, otro número, estará inserta en otros libros y posiblemente sea suscrito por otro funcionario. En tal sentido, coincidimos con Domínguez¹¹⁹, en que resulta o resultaba más apropiado el clásico sistema de notas marginales.

ii) El supuesto padre comparece, niega la paternidad, y se somete a la prueba de ADN u otra prueba científica afín, la cual resulta positiva o confirmatoria de la paternidad estampada en la partida o acta de nacimiento original. En tal supuesto, la ley ordena conforme a su artículo 29 aplicado

118 Esta forma de proceder sustitutiva del sistema de “notas marginales” es criticado razonable por la Profesora María Candelaria Domínguez, por lo que remitimos a sus comentarios en el trabajo citado “*Manual de Derecho de Familia*”.

119 DOMÍNGUEZ GUILLEN, María. *Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit.*, pp. 342-351.

en concordancia al artículo 27, que el registro civil, expida “nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto”, considerándose que ha existido un “reconocimiento voluntario”. Caben aquí los mismos comentarios formulados en relación a la orden legal de expedir nueva acta y dejar sin efecto la anterior.

iii) El supuesto padre comparece, niega la paternidad, y se somete a la prueba de ADN u otra prueba científica afín, la cual resulta negativa o excluyente de la paternidad estampada en la partida o acta de nacimiento original. Ante este supuesto, debemos destacar que la ley sólo regula el caso de confirmación de la paternidad, y nada dispone en relación a la posibilidad cierta de que la prueba científica descarte la paternidad indicada por la madre, caso en el cual, por interpretación analógica y ante el imperativo de establecimiento fehaciente de la filiación biológica, consideramos que debe dejarse sin efecto el acta de nacimiento original, y producirse una nueva en la cual no se mencione al hombre en cuestión, expresándose exclusivamente la identificación de la madre, quedando el niño o niña inscrito con los apellidos de ésta¹²⁰.

iv) El supuesto padre no comparece o comparece y niega la paternidad pero se niega a realizarse la prueba de paternidad. En caso de negar la paternidad (desconocerla) y resistirse el señalado padre a la práctica de las pruebas científicas, o de mantenerse contumaz (no comparecer al procedimiento), conforme al artículo 23 y 31 LPFMP, se procederá a remitir “las actuaciones a la Fiscalía del Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente”.

En estos casos, debe considerarse que la negativa a realizarse la prueba por parte del presunto padre, se constituye en un indicio en su contra, que aparentemente sólo podrá hacerse valer en sede jurisdiccional, pues en tales casos de negativa a acceder a la prueba, parece “negada” la paternidad, en tanto que se ordena al Ministerio Público a proceder al ejercicio de la acción filiatoria respectiva. La verdad es que las normas procedimentales de la LPFMP resultan bastante ambiguas y consecuentemente generan importantes dudas respecto de su contenido y alcance, siendo que adicionalmente, disponen la posibilidad de sustituir unas partidas por otras excluyendo el uso

120 Adicionalmente, consideramos que por tratarse de una materia de estricto orden público, se encuentra obligado el respectivo registrador civil, a formular la correspondiente denuncia en contra de la madre, ante los órganos competentes, por la presunta comisión del delito de falsa atestación ante funcionario público.

de la figura de las notas marginales, lo que ha llevado a calificada doctrina a criticar justificadamente el procedimiento en cuestión¹²¹, tal y como lo hemos referido *supra*, sirviendo también para sostener que la filiación paterna del presentado no deriva del señalamiento de la madre (el cual carece, para tal doctrina, de valor probatorio), si no que siempre se deberá recurrir a la vía jurisdiccional para inquirir y establecer esa paternidad.

No cabe duda que la redacción de las referidas normas adjetivas, contradicen abiertamente los postulados de la norma sustantiva del artículo 21 LPFMP, pues ésta dispone la adjudicación del padre en el acta según sea identificado por la madre, empero posteriormente, la misma ley le resta valor o desdice aquél establecimiento inicial de la paternidad, en razón de la negativa del señalado como padre o su contumacia a realizarse la prueba heredobiológica. Así ante tal actuación del señalado como padre, debe procederse conforme a la ley a un proceso judicial de inquisición. La situación se muestra aún mas compleja, si se considera que a pesar de que la ley ordena seguir el procedimiento judicial de inquisición, no obstante no prevé nada respecto a que deba anularse, suspenderse o dejarse sin efecto la partida original, con lo cual se crea la ambigüedad de que por una parte se cuenta con un instrumento que posee carácter probatorio *erga omnes*, y por otra parte se debe acudir a un procedimiento de inquisición de la misma paternidad dispuesta en el referido documento.

Proclives al establecimiento inicial de la filiación tanto materna como paterna, consideramos que esa ambigüedad de las normas procedimentales, no puede oponerse ni al fin teleológico de la ley, ni al contenido expreso de la norma sustantiva del artículo 21 LPFMP; pues mal podrían las normas adjetivas desvirtuar el contenido y las consecuencias jurídicas derivadas de las normas de derecho sustancial, que además –según expresamos previamente- persiguen un fin constitucional.

En este sentido, destacamos que el Código de Familia de Panamá prevé que en caso de incomparecencia injustificada del supuesto padre al procedimiento administrativo, *se inscribirá el niño o la niña con el apellido del padre señalado*¹²², mientras que la ley de paternidad responsable de Costa

121 Ver DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. Ob. Cit.

122 **Artículo 257 B.**- Recibida la información en la Dirección Provincial del Registro Civil del Tribunal Electoral, se adelantarán de oficio los siguientes trámites:

1. Se notificará personalmente del proceso incoado al supuesto padre biológico, mediante boleta

Rica, regula específicamente ambos supuestos en análisis, disponiendo: *Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.*

En aquellos procedimientos extranjeros, más conservadores que el venezolano, no se dispone la identificación del padre en la partida o acta original¹²³, pero se da lugar al procedimiento inquisitivo administrativo, dentro del cual se sanciona la incomparecencia o negativa a la prueba, determinado de una vez el establecimiento legal de la paternidad. Ahora bien, siendo el sistema venezolano de avanzada, en tanto prevé el establecimiento de la filiación paterna *ab initio*, consideramos que la ambigüedad delatada podría solventarse por vía interpretativa, concluyendo en el mantenimiento de la paternidad imputada inicialmente y recogida en el acta de nacimiento, hasta tanto se verifique la sentencia definitivamente firme que se dicte en el juicio inquisitorio, en especial si se considera que la negativa del señalado como padre a realizarse las pruebas, implica por mandato de la misma ley, un indicio en su contra¹²⁴.

Por último, debe referirse, que conforme a la norma del artículo 30 LPFMP, *[e]n caso de disconformidad con los resultados de la prueba de filiación biológica, la madre o la persona señalada como padre podrán acudir ante el*

especialmente formulada para tal propósito por el Registro Civil.

En el acto de notificación, el señalado firmará la boleta igual que en la cédula y estampará su huella digital. Para que sea efectiva esta notificación, el funcionario podrá recurrir al auxilio de los agentes de la Policía Nacional o de la Policía Técnica Judicial.

En caso de renuencia a ser notificado, el funcionario elaborará un informe donde dejará constancia de dicha renuencia y se dará por notificada la solicitud.

2. Se concederá el término de diez días hábiles, contado a partir de la notificación, para que el señalado se presente al Registro Civil a declarar si acepta o niega la paternidad atribuida.

3. Si dentro del término señalado en el numeral anterior el supuesto padre acepta la paternidad, se inscribirá el niño o la niña con los apellidos del padre y de la madre, y surgirán desde ese momento todos los derechos y responsabilidades parentales, según lo establecido en este Código.

4. Si vencido el término de diez días otorgado al supuesto padre y, sin causa justificada, no se presenta a la oficina del Registro Civil para hacer valer sus derechos, se inscribirá el niño o la niña con el apellido del padre señalado.

123 Como se ha indicado, el señalamiento de la identificación paterna por parte de la madre, es reservado y sólo da lugar la inicio del procedimiento administrativo de inquisición.

124 Artículo 28 LPFMP

órgano jurisdiccional correspondiente. Con lo cual, en caso de haberse rechazado o excluido la paternidad conforme a lo hemos analizado en el inciso “iii”, siempre podrá la madre acudir a la sede jurisdiccional para inquirir la paternidad, con el inconveniente de que obraría en su contra la prueba científica verificada en el procedimiento administrativo, que precisamente sería el elemento fundamental a desvirtuar, bien a través de la reaplicación de las pruebas de ADN (utilización de otro laboratorio, atacando la veracidad científica de la primera prueba, etc.) o incluso demostrando la posesión de estado del hijo respecto del señalado padre. Correlativamente, el padre que resulte confirmado por la prueba genética (supuesto *ii*), puede impugnar su paternidad en sede jurisdiccional, seguramente insistiendo en la exclusión científica de esa paternidad biológica.

3.2. Del establecimiento de la paternidad en los casos de inscripción del niño por persona distinta a los padres

La entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Registro Civil, y en especial el contenido de su artículo 93, constituyen una avanzada aproximación al mandato constitucional de proveer a toda persona de instrumentos que acrediten su filiación biológica con prescindencia del estado civil matrimonial de sus progenitores. Al mismo tiempo, dicha norma aplicada en concordancia a la del artículo 21 LPFMP, en nuestro criterio permite un rápido acceso inicial a establecimiento de la paternidad, sin necesidad de acudir a procesos judiciales o administrativos. No obstante, prevenimos que en su aplicación práctica, la exigencia del artículo 93 LORC, en cuanto a que “todas” las actas de nacimiento deben contener la identificación de ambos padres, podría generar serios conflictos respecto de la paternidad, en las ocasiones en que la presentación del niño sea realizada por persona distinta a la madre o el padre. Debe considerarse que la norma del artículo 85 LORC dispone la obligación de declarar el nacimiento, indicando el orden de prelación subjetiva sobre el cual recae la referida obligación, siendo que los numerales 2 al 6 de la norma, legitiman y obligan a personas e instituciones para realizar la inscripción del niño, todos los cuales parecen también obligados a cumplir con el mandato legal de proveer los datos exigidos por el artículo 93 *eiusdem*, entre los que resaltamos la identificación del padre.

No conseguimos inconvenientes en la identificación del padre en la partida, cuando tal identificación es facilitada por la madre conforme a la norma del artículo 21 LPFPM, con las consecuencias y alcances de la nor-

ma ya analizada en el capítulo precedente, así como tampoco surgen dudas respecto de la posibilidad de presentación o inscripción del niño verificada por quien se dice el padre, pues en tales casos es el mismo presentante quien reconoce o afirma su paternidad, como se ha permitido en todos los casos desde el Código Civil de 1982. Contrariamente, resulta difícil concebir o entender cómo podría darse fe al dicho sobre la paternidad real del niño, cuando la declaración del nacimiento la verifique cualquiera de las otras personas o instituciones legitimadas, y que respecto del estado filiatorio del niño, concurren en calidad de extraños.

La norma del artículo 85 LORC, legitima y dispone la obligación de declarar el nacimiento, en primer lugar en cabeza del padre o la madre, pero adicionalmente habilita a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad; a quien haya atendido el parto (médico o partero); a “cualquier persona” responsable del niño, a los Consejos de Protección de niños y adolescentes, e incluso a los registradores civiles que de oficio pueden proceder a la inscripción cuando no lo hagan los obligados¹²⁵. En todos estos supuestos, distintos a la declaración realizada por el padre y/o por la madre, podría sostenerse la subsistencia de la obligación del declarante de identificar a ambos progenitores, surgiendo la racional duda respecto del grado de credibilidad que puede concederse a estos terceros en cuanto a la verdadera identidad de aquellos progenitores, y especialmente en torno a la paternidad, en tanto que el embarazo y aún más el parto son hechos fácilmente apreciables por el presentante, resultando sustancialmente más ostensible la identificación de la madre¹²⁶ que la del padre (*mater semper certa est*). Así, entendiendo conforme

125 “Obligación de declarar

Artículo 85.- Es obligatoria la declaración del nacimiento, en el siguiente orden:

1. El padre o la madre.
2. Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.
3. El médico o la médica que atendió el parto.
4. El partero o la partera.
5. Cualquier persona mayor de edad, bajo cuya representación o responsabilidad debidamente acreditada se encuentre el niño o la niña.
6. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En los casos de niños o niñas en situación de colocación familiar o entidad de atención, se requerirá la autorización previa del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Cuando los obligados a declarar el nacimiento no lo hicieren, los registradores o registradoras civiles podrán de oficio efectuar la inscripción, en aquellos casos que tengan conocimiento de su ocurrencia, en razón de sus funciones”.

126 **Artículo 197.-** La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración

a las normas de los artículos 77 LORC y 1.360 CC, que las actas del registro civil hacen fe de “la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes”, consideramos que tal fe debe provenir de la atribución de credibilidad sobre los hechos que los declarantes u otorgantes deben y pueden conocer, y no de lo que simplemente “crean” o le haya sido referido por terceros.

Cuando la norma del artículo 21 LPFMP habilita (y obliga) a la madre a identificar al presunto padre y le concede credibilidad a su dicho, tal disposición no hace más que acceder de forma razonable a la determinación instrumental de la paternidad a través de la persona llamada a conocerla mediante el respectivo procedimiento de ley; en cambio, los terceros previstos en la norma del artículo 85 LORC, adolecen de la certeza y credibilidad que puede atribuirse a la madre, de forma tal que consideramos que en los casos en que la declaración del nacimiento no se verifique por parte de los progenitores, debe prescindirse de la identificación del padre, pues aún cuando la ley requiere dicha información para satisfacer los derechos del niño, mal podría darse fe sobre una paternidad afirmada por quien no tiene ni puede tener certeza razonable sobre la misma.

No existe ley o norma expresa que regule esta situación, pues si bien la identificación de ambos padres en la partida o acta de nacimiento es una exigencia legal, no se indica en ninguna norma la obligación de los terceros habilitados como declarantes del nacimiento, de conocer y proveer todos los datos requeridos y especialmente el relativo a la identidad del presunto padre, aún cuando la norma del artículo 93 LORC hace referencias a “todas” las partidas. Diferenciadamente, la norma del artículo 21 LPFMP, si habilita y legitima a la madre para hacer tal declaración, sin que esta última norma, pueda ser aplicada por analogía, pues precisamente contempla el único supuesto legal que regula la forma de identificación del supuesto padre, incluso disponiendo los casos de excepción, el procedimiento administrativo a seguirse, y señalando las consecuencias negativas para la mujer (sanciones penales) en caso de falsa atestación.

Por demás, mal puede exigirse a un tercero que ateste ante el funcionario público un hecho que desconoce o del que carece de certeza (paternidad natural) y mucho menos, someterlo a la posibilidad de ser sancionado penalmente en caso de que resulte falso dicho testimonio, es decir, cuando el padre resulte ser otro distinto del afirmado.

de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.

Advertimos que conforme a la nueva normativa contenida en la LORC, se han simplificado y concretado significativos adelantos en el tema de la inscripción o declaración de los nacimientos¹²⁷, que seguramente minimizarán los casos en que un tercero deba proceder a la declaración, empero siempre es posible que se presente tal circunstancia, casos en los cuales, según proponemos, debe limitarse la declaración y el contenido del acta, a reflejar la identificación de la madre¹²⁸, obviándose la identificación del padre y quedando el niño inscrito con los apellidos de aquella.

En adición, a pesar de la redacción del artículo 93 LORC que indica lo que “deben contener” las actas de nacimiento, observamos que en la misma ley (arts. 95 a 97) se prevé la forma de realizarse los reconocimientos, demostrando que la figura del *reconocimiento voluntario* conserva vigencia, lo cual sólo tiene sentido, al aceptar que no en todos los casos se podrá satisfacer *a priori* el requisito de identificar a ambos progenitores.

3.3. Del establecimiento y reconocimiento del hijo de mujer casada, por un hombre distinto al esposo

En la realidad familiar venezolana no pocas veces se presenta la situación de que los cónyuges se separan de hecho, rompiendo completamente la vida en común, e incluso formado cada cónyuge por su cuenta una nueva familia y/o sosteniendo relaciones permanentes o temporales con otras parejas, todo ello, sin proceder legalmente a la disolución del vínculo matrimonial a través del respectivo proceso de divorcio o de separación de cuerpos. Para regular esta realidad, en la reforma del Código Civil de 1982, se incluyó la norma del artículo 185-A que permite de forma sumaria y consecuentemente menos costosa y más eficaz seguir un procedimiento brevísimo para declarar el divorcio *cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años*.

127 La normativa de la LORC prevé (art. 32) la existencia de unidades de registro civil en las parroquias, y adicionalmente en los establecimientos de salud públicos y privados, con lo cual consigue factibilidad práctica el mandato de inscribir a los niños de forma “inmediata” como lo ordena el artículo 86, lo que evidentemente facilitará que la propia madre o el padre verifiquen la inscripción, como primeros obligados para ello.

128 Siempre que se cuente con el respectivo certificado médico de nacimiento o la persona que realice la declaración, pueda dar fe de haber presenciado el parto. **Artículo 92 LORC.**- “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 públicos o privados. Las personas debidamente autorizadas para asistir los nacimientos están obligadas a emitir este certificado”.

Adicionalmente, y en la conciencia de que durante ese mismo período de separación fáctica, la mujer ha podido mantener relaciones con otros hombres y procrear hijos, que conforme a la ley estarían sometidos y amparados por la presunción de paternidad del marido prevista en el artículo 201 CC, en la misma reforma de 1982 se permitió obrar contra esa presunción, facilitándose el reconocimiento de esos hijos por su verdadero padre, a través de la previsión de la norma del artículo 225 *eiusdem*, que dispone:

Artículo 225.- Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.

Así, el padre biológico del niño puede proceder a su reconocimiento, siempre que conforme a las reglas del cálculo de la concepción, el niño se hubiere procreado dentro del período de separación fáctica entre la madre y su esposo¹²⁹. Debe aclararse que para la procedencia de tal forma excepcional de reconocimiento, debe contarse con la respectiva sentencia definitivamente firme que haya declarado el divorcio conforme a la referida causal y procedimiento previsto en el artículo 185-A CC, constituyendo dicha sentencia un requisito *sine qua non* para que se permita y sea válido el reconocimiento verificado por hombre distinto al esposo. Esto implica que si no existe tal sentencia de divorcio, aún cuando los esposos estén separados de hecho y la mujer cohabite notoriamente con otro hombre, éste no podrá reconocer el hijo, si no una vez declarado el divorcio en la forma antes dicha, pues conforme a la ley, ni aún el dicho de la madre obra en contra de la presunción de paternidad matrimonial¹³⁰. Consecuentemente, de no existir la referida sentencia de divorcio, el niño al ser presentado quedaría inscrito con los apellidos del marido de la madre (padre legal), o en su defecto, si se ocultare el estado civil de la madre, podría quedar fraudulentamente inscrito como hijo extramatrimonial, llevando solamente los apellidos maternos. Todo lo cual, hace que la norma, aunque de avanzada, se preste a confusiones y conflictos.

129 Véase sobre tal norma: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit, pp 319-321 y 305-307; TORRES RIVERO, Arturo. *Mis comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1.982*. Vol. I. Caracas: Imprenta Universitaria, 1.984, p. 46

130 Artículo 212 CC.- “La declaración de la madre no basta para excluir la paternidad .

Nos parece que la norma en comentario no resuelve en esencia el problema de la maternidad extramatrimonial —y técnicamente adulterina— de la mujer casada y separada de facto, pues mientras no se verifique el divorcio conforme a la norma del artículo 185-A del Código Civil, no podrá procederse a la inscripción del niño estableciéndose su verdadera filiación paterna, y por el contrario, su inscripción conforme a la ley, daría lugar al establecimiento de la paternidad presunta legal del marido, que al estar contenida en la partida, ya no podría ser desvirtuada por ulterior reconocimiento del verdadero padre, sino que requeriría de un proceso jurisdiccional impugnativo.

Por su puesto, si la norma no soluciona todos los problemas surgidos de la maternidad de la mujer casada, separada fácticamente de su marido durante al menos cinco (5) años, que es la situación llamada a solventar, menos aún puede resolver y regular sobre la maternidad de la mujer casada que no esté separada del esposo y que conciba un hijo producto de adulterio, ni tampoco regula cuál es la situación del niño nacido de esa mujer casada y separada del marido, hasta tanto se cumpla el plazo de cinco (5) años, necesarios para que proceda el divorcio por la referida causal. En estos supuestos, la ley no prevé la posibilidad de reconocimiento por parte del padre biológico, sino la concesión de la acción (pretensión) de desconocimiento por parte del padre legal (marido). Sin embargo, salvo algún pronunciamiento previo de la doctrina¹³¹, la jurisprudencia del máximo tribunal, amparada en el derecho de establecimiento de la filiación biológica o real, ha creado la posibilidad cierta del reconocimiento del hijo de mujer casada por parte de un hombre

131 Véase: PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela: *Establecimiento judicial de la paternidad del hijo de la mujer casada*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Tomo II. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 50; esta autora sostiene que la revisión de la presunción de paternidad debería admitir posibilidad de impugnación cuando la madre ha estado separada de hecho y mantiene relación concubinaria con padre biológico. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., pp. 306 - 307: "Por nuestra parte, pensamos que es prudente concluir que la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al padre (bien sea la madre, el hijo o un tercero) es posible en base a principios generales en materia de filiación, pero ciertamente precisa de intervención judicial y debe quedar reducida a casos excepcionales. A nuestro criterio, ciertamente un supuesto justificado sería la inequívoca separación permanente de los cónyuges acreditada mediante juicio de divorcio o de ausencia. Creemos que tal interpretación es la forma lógica de combinar el principio de la verdad de la filiación con el sentido de la presunción de paternidad". En igual sentido encontramos la opinión de VARELA CÁCERES, Edison. *La Identidad Biológica y la Filiación: Comentarios 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, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009, pp. 219-269.

distinto del marido, sin distinguir que se trate de un hijo concebido durante la separación a que se contrae el artículo 185-A, o de que se trate de un hijo nacido en plena convivencia matrimonial¹³².

En nuestro criterio la situación jurídica conforme a nuestro ordenamiento, es la siguiente:

En atención al mandato constitucional de proveer a las personas documentos de identidad que reflejen su filiación biológica con prescindencia de señalamiento respecto al estado civil matrimonial de los progenitores, el legislador –sin realizar mayores miramientos ni reflexiones sobre la posibilidad y necesidad de contemplar circunstancias de excepción– se limitó en el artículo 93 LORC a reproducir tal prohibición de señalamiento sobre el estado civil matrimonial de los padres. Con esto, no sólo se dejó de considerar y regular casos como la reproducción asistida, sino que también, en claro conflicto con la presunción de paternidad matrimonial prevista en el aún vigente artículo 201 del Código Civil, existe la posibilidad fáctica de que la madre al presentar al hijo no se identifique como casada, y atribuya la paternidad a un hombre diferente, de cuya relación no matrimonial (y consecuentemente adulterina) ha procreado al niño que se inscribe.

Ante esta situación, surge el conflicto de existencia de dos (2) paternidades legales, la reflejada en la partida o acta de nacimiento, y otra derivada de la presunción legal de paternidad atribuida al marido de la madre. Similar conflicto o duda puede surgir, en los casos en que la madre aún conociéndose su estado matrimonial, insista en que el niño se presente e inscriba como hijo de un hombre distinto al marido, al cual le atribuye su procreación.

En tales supuestos, la vigencia y validez de la presunción de paternidad contemplada en la norma del artículo 201 del Código Civil, impide que en sede administrativa se acepte o permita el señalamiento de padre distinto al marido¹³³, pues al hacerse así se estarían creando –como se ha dicho– dos (2) paternidades legales, lo cual ostensiblemente atenta contra el derecho del niño a conocer su verdadera filiación biológica, creándole además un estado de inseguridad jurídica. Si bien en este trabajo hemos abogado por dar credibilidad al dicho de la madre, no podemos obviar que

132 SC-TSJ Sent. N° 1443 del 14-08-08

133 En efecto, creemos que la declaración de la madre, inclusive la de ésta con un tercero que afirme ser el padre, es insuficiente para excluir la paternidad, porque lo contrario dejaría sin efecto una presunción de ley establecida precisamente para evitar conflictos familiares. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 231.

la ley existe para ser respetada, y que al aceptarse tal tipo de señalamiento, se estaría afectando no sólo al hombre a quien se atribuye la paternidad, sino también al esposo y al propio niño. En tal sentido, a falta de normativa expresa, correspondía y corresponde al legislador regular este tipo de situaciones, lo que podría corregirse de *lege ferenda*, eliminando la presunción de paternidad matrimonial (lo cual no consideramos conveniente pues obra en interés del menor y de la paz familiar), o disponiendo la posibilidad de que se desvirtúe la presunción en sede administrativa a través del necesario concurso de todos los interesados; madre, padre biológico y esposo de la madre, o cuando menos, de la madre y del supuesto padre biológico, sin perjuicio en este caso de la posibilidad para el marido de impugnar dicha declaración, tal y como lo tiene establecido la legislación panameña en el artículo 269 de su Código de Familia, que dispone:

Artículo 269.- El hijo o la hija de mujer casada se presume del marido. Sin embargo, dicha presunción de paternidad queda desvirtuada con la declaración jurada de la madre y del padre biológico, rendida ante el funcionario del Registro Civil, donde la madre justifique que el marido no es el padre del niño o la niña y el padre biológico voluntariamente reconozca su paternidad con anuencia de la madre. Lo anterior es sin perjuicio del derecho del esposo o padre legal a ejercitar la acción de impugnación dentro del término de un año, contado a partir de la inscripción.

En el caso que se presente el padre legal, la madre y el padre biológico del niño o la niña, se procederá a la inscripción del hijo o la hija en el acta de nacimiento y se dejará constancia de la no oposición del padre legal. (Negritas y subrayado nuestro).

En nuestro país, según destacamos, la legislación no contempla expresamente esta situación, sin embargo, en conocida acción de interpretación de los artículos 56 y 76 Constitucionales, se ha pretendido que la imposibilidad del reconocimiento por parte de la madre casada de los hijos nacidos fuera del matrimonio es violatoria del derecho a la igualdad, en tanto que el artículo 209 del Código Civil, dispone la posibilidad de que el padre reconozca voluntariamente los hijos nacidos fuera del matrimonio. Argumento que es absolutamente desechable, pues en los casos de hijos habidos del hombre casado, no existe presunción de maternidad de la esposa, por lo que la situación o condiciones no son iguales y, por lo tanto, su tratamiento desigual

no implica discriminación. Sin embargo, aún cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no realizó pronunciamiento expreso sobre este argumento de discriminación, si se pronunció sobre la posibilidad de que se indique y estampe en la partida de nacimiento la identificación de hombre distinto del padre legal (marido). En tal sentido, la Sala Constitucional –con carácter vinculante pues supuestamente se trata de una interpretación de la Constitución¹³⁴, en sentencia No. 1443 de fecha 14 de agosto de 2008, señaló:

Asimismo, aprecia esta Sala que ciertamente la presunción establecida en el artículo 201 del Código Civil tiene como objeto un mecanismo de tutela de protección al hijo, no obstante, se aprecia que de la interpretación realizada por los órganos administrativos al negarse a inscribir el registro realizado por la madre de una filiación extramatrimonial, tal como exponen los recurrentes, implicaría una violación a los artículos 56 y 76 del Texto Constitucional, así como a la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, la cual establece el mencionado procedimiento para el reconocimiento de paternidad.

En atención a ello, se aprecia que la interpretación mencionada realizada por los funcionarios competentes del contenido del artículo 201 del Código Civil, no se corresponde con la intención del Constituyente, como sujetos plenos de derechos y protegidos no únicamente por la legislación, sino también por los tribunales (Vid. Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), razón por la cual resulta necesaria su interpretación conforme al Texto Constitucional, en el sentido de consolidar la primacía de la identidad biológica sobre la legal siempre que exista una disparidad entre ambas y que exista un expreso consentimiento de las partes de instaurar el referido procedimiento administrativo.

Aunado a lo expuesto, debe destacarse que en atención a los principios de

134 Aún cuando la acción que dio lugar a la sentencia fue una pretensión de interpretación de normas constitucionales, la verdad es que el contenido de lo decidido pareciere más bien referido a una acción de inconstitucionalidad de las normas del Código Civil (arts. 201 y 209) y/o del artículo 21 de LPFMP que sólo permite indicar el nombre del progenitor en los casos de uniones no matrimoniales (sobre lo cual no hace mención alguna la decisión). No siendo lo formalmente pretendido, la decisión no formuló consideraciones sobre dicha constitucionalidad, pasando más bien a pronunciarse sobre la licitud de la forma de actuación de los organismos de registro civil, como si se tratara de un amparo constitucional. Culminando la sentencia, dictando directrices -negativas- a dichos organismos, y prácticamente legislando sobre la posibilidad de actuación administrativa contraria a una norma (art. 201 CC) que la misma sentencia declara como legal y protectora de los derechos del niño.

especialidad y temporalidad de las normas (Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.344/2001), resulta de aplicación preferente la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad sobre la presunción de paternidad establecida en el Código Civil, siempre y cuando no operen los supuestos de aplicación del artículo 201 del Código Civil, y se pretenda desvirtuar la presunción establecida en el referido artículo.

En este escenario, debe aclararse que para determinar la filiación 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 dificultosa su impugnación, por lo que, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, resulta necesaria la persistencia de tal presunción, siempre y cuando no exista la instauración del novedoso procedimiento establecido en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

Todo ello, en virtud de que la protección del interés supremo en la filiación, es el derecho del hijo al efectivo respeto y consagración de sus derechos constitucionales, discriminados éstos en derechos civiles, económicos, sociales y culturales, los cuales son objeto de protección no sólo por sus representantes legales, sino por los órganos del Estado (Vid. Mercedes Cabrerías, *Los Derechos del Niño: De la Declaración de 1959 a la Convención de 1989*, en Derechos Humanos, Edit. Tecnos, 1992, pp. 187).

Es por estas razones, que no pueden los órganos administrativos abstenerse de registrar un acta de nacimiento solicitada por la madre de una filiación extramatrimonial, fundamentando la negativa en la presunción establecida en el artículo 201 del Código Civil, cuando exista concurrencias de voluntades de las partes involucradas, ya que la resolución de la controversia en virtud del conflicto surgido entre la paternidad biológica y la legal, dada la preeminencia que debe tener la identidad biológica sobre la identidad legal, todo ello de conformidad con lo expuesto en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como se observa, la sentencia de la Sala Constitucional concluye en la posibilidad de que la madre casada puede presentar o inscribir a su hijo afirmando que el mismo es producto de una unión extramatrimonial, procediendo a la identificación del supuesto padre (distinto de su marido), para lo cual la sentencia, de forma por demás exigua, dispone como único requisito que *exista concurrencia de voluntades de las partes involucradas*. No aclara la sentencia quiénes comprenden esas “partes involucradas”, las cuales

podemos inferir hasta en número de cuatro(4): el niño (principal involucrado), quien de ser inscrito neonato, obviamente no podría intervenir; la madre; el presunto padre biológico; y el marido de la madre. Existiendo tal imprecisión jurisprudencial respecto de las personas cuyas voluntades deben intervenir para poder soslayar en sede administrativa la presunción de paternidad matrimonial, y a falta de una legislación como la referida del Código de Familia de Panamá, consideramos debe exigirse la comparecencia y el concurso de voluntades de “todos” los involucrados, vale decir, del hijo, si tiene edad y discernimiento para ser oído; la madre; el esposo de la madre (hasta ese momento padre legal); y del indicado padre biológico, cuya presencia de una vez implicaría reconocimiento y eximiría de verificar el procedimiento previsto en la LPFMP, que por demás fue creado para casos de hijos provenientes de uniones no matrimoniales (sobre lo cual no hace pronunciamiento alguno la sentencia). En caso de que no comparezcan todos los involucrados o no exista concurso de voluntades (consenso) en cuanto a la paternidad, creemos debe subsistir la presunción del artículo 201 del Código Civil, quedando el niño inscrito como hijo y con el apellido del marido, caso en el cual, quien pretenda desvirtuar dicha paternidad debe acudir al correspondiente proceso de impugnación (desconocimiento) y/o inquisición. No sin razón la doctrina ha criticado la citada decisión No. 1443, por considerar que aun con la concurrencia de los interesados, se está en presencia de normas y relaciones de orden público, por lo que debería mediar control judicial en propio beneficio del interés del menor¹³⁵.

135 Véase: VARELA CÁCERES, Edison Lucio. *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 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, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009, pp. 219-269.

CAPÍTULO III

DESCONOCIMIENTO E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

1. Desconocimiento e impugnación de la paternidad “matrimonial”.

Conforme a la citada norma del artículo 201¹³⁶ del Código Civil, una vez establecida la filiación materna respecto de una mujer casada, surge de derecho el establecimiento de la filiación paterna –paternidad- respecto del marido. De allí que al pretenderse la falsedad o inexistencia de tal paternidad, es decir, al afirmarse o pretenderse que el hijo de la esposa, no es hijo biológico del marido –presunto padre-, debe recurrirse a una acción judicial de desconocimiento a los fines de que por sentencia firme se declare tal circunstancia y quede sin efectos la presunción legal *pater is est quem nuptiae demonstrat*¹³⁷. Se trata de una acción de impugnación de filiación que en principio corresponde exclusivamente al presunto padre quien “desconoce” su paternidad respecto del hijo nacido durante la unión matrimonial o dentro de los 300 días siguientes a su disolución.

136 Véase sobre tal norma entre otros: TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Derecho de Familia (Parte General)*. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 76, 97 y 119; TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Pruebas de Estado. (Derecho de Familia -Parte General-)*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Talleres de la Fundación Editorial Escolar, 1.970, pp. 55, 56, 59-67,70-75; BOCARANDA ESPINOZA, Juan José. *Ob. Cit.*, pp. 51-53; D' JESÚS, Antonio. *Ob. Cit.*, pp. 124 y 139; PERERA PLANAS, Nerio. *Análisis del Nuevo Derecho Civil*. Maracay: Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos “Carlos Alberto Taylhardat”, Colegio de Abogados del Estado Aragua, 1983, pp. 177-182; RAMÍREZ, Florencio. *Anotaciones de Derecho Civil*. Tomo I. Mérida: Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, 1953, pp 218-221; SANOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo I. Reimpresión de la Primera Edición. Caracas: Imprenta Nacional, 1953, pp. 200-210; SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas: Editorial Mobil Libros, 1.990, pp 201-202 y 208; VISO, Luis René. *Derecho de Familia*. Cabimas: Impresora Petrolandia, 1.985, pp. 504-506; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., pp. 221-235.

137 Tal necesidad de utilizar la vía judicial para la desestimación de la presunción de paternidad por vía judicial tiene una excepción legal en la norma del artículo 225 del Código Civil, siendo que en la práctica forense también se ha permitido su desestimación sin necesidad de juicio, admitiendo el reconocimiento de hecho del hijo por hombre distinto del marido, según hemos verificado *supra*.

La doctrina distingue dos tipos de acción de desconocimiento: el *normal* y *por simple denegación*. El *normal* -según el art. 201 CC- tiene lugar por imposibilidad de acceso físico y por el adulterio de la mujer. En tanto que el desconocimiento *por simple denegación* se presenta en los casos de los artículos del Código Sustantivo 202 (nacimiento ocurrido antes de los 180 días de celebrado el matrimonio) y 203 (en casos de nulidad, divorcio o separación)¹³⁸.

1.1. Desconocimiento por simple denegación

El desconocimiento por *simple denegación*, se encuentra previsto en las normas de los artículos 202 y 203 del Código Civil, que revisaremos separadamente:

Artículo 202.- Si el hijo nació antes de que hubiesen transcurrido ciento ochenta (180) días después de la celebración del matrimonio, el marido y después de su muerte, sus herederos, podrán desconocerlo con la simple prueba de la fecha del matrimonio y la del parto, salvo en los casos siguientes:

- 1°. Si el marido supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa.
- 2°. Si después del nacimiento el marido ha admitido al hijo como suyo, asistiendo personalmente o por medio de mandatario especial a la formación del acta del nacimiento, o comportándose como padre de cualquier otra manera.
- 3°. Cuando el hijo no nació vivo. (Subrayado nuestro).

Esta norma refuerza la tesis según la cual se debe considerar como hijo matrimonial al *concebido* dentro del matrimonio, y por ello, permite el desconocimiento del hijo que conforme a las reglas de cálculo de la concepción, ha sido concebido antes de la celebración de las nupcias, siendo que en la interpretación clásica y literal de la norma, resulta suficiente para que prospere y se declare el desconocimiento e inexistencia de la paternidad, la comprobación de la fecha del nacimiento y de la celebración del matrimonio. La misma norma atempera su rigurosidad, al establecer como excepciones, la prueba de que el marido haya contraído matrimonio en conciencia del embarazo de la contrayente y los casos en que después del nacimiento, el marido "*haya admitido el hijo como suyo*", asistiendo a la formación de acta de nacimiento, en una suerte de "reconocimiento" ó comportándose efectivamente como padre (posesión de estado). El tercer supuesto de excepción

138 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit.*, pp. 223-224.

previsto por la norma (que el hijo no haya nacido), carece de aplicabilidad jurídica, pues si el hijo no nació vivo, no alcanzó a tener categoría de persona o sujeto de derecho y en consecuencia no existiría paternidad que impugnar.

Por su parte el artículo 203 dispone:

Artículo 203.- El marido también puede desconocer al hijo que haya nacido después de trescientos (300) días de presentada la demanda de nulidad del matrimonio, la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, o la solicitud de ésta, o antes de que hubieren transcurrido ciento ochenta (180) días a contar de la fecha en que quedó definitivamente firme la sentencia que declaró sin lugar la demanda o terminado el juicio.

El derecho de que trata este artículo cesa para el marido cuando se ha reconciliado con su mujer, así sea temporalmente.

También se prevé la posibilidad de desconocer la paternidad en aquellos casos en que por circunstancias fácticas se coloque en duda o cese la presunción de cohabitación entre los cónyuges, como sucede una vez que se ha presentado una demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos. Casos en los cuales generalmente cesa la cohabitación y se mantiene tal circunstancia hasta tanto se resuelve la disolución del vínculo, o se resuelve el juicio por sentencia, aunque ésta declare sin lugar la demanda. En tales circunstancias, en principio o por regla general se ha entendido que basta con demostrar la existencia de la demanda respectiva y la ocurrencia del nacimiento dentro del período señalado en la norma (luego de 300 días después de presentada la demanda ó antes de 180 días contados desde la fecha de la sentencia firme que declaró sin lugar la demanda o terminado el juicio).

1.2. Improcedencia del desconocimiento por simple denegación ante la existencia de las pruebas para determinar la verdad biológica

En ambos supuestos de desconocimiento por simple denegación contemplados en las normas de los artículos 203 y 203 del Código Civil, antes referidos, se atiende a la circunstancia de la existencia o no del vínculo matrimonial ó del deber de cohabitación para el momento de la concepción, sin atenderse en ningún momento al hecho jurídico fundamental: la verdadera filiación natural, biológica o sanguínea. Esto se explica en razón de que la filiación paterna matrimonial se sustenta en una presunción, que como se ha dicho,

parte de la cotidianidad y obligatoriedad de la cohabitación entre cónyuges, y de alguna manera en el deber de fidelidad. Como tal presunción de cohabitación no existe “antes” del matrimonio y queda aparentemente suspendida “de hecho”¹³⁹, cuando se está en trámite de divorcios o nulación; entonces desaparece o cesa el “hecho conocido” que da lugar a la presunción de la concepción del hijo con participación o como obra del marido.

Salta a la vista, que las normas atienden a la posibilidad de calificar jurídicamente al hijo como “matrimonial”, y no a la comprobación de que el marido sea o no efectivamente el progenitor natural del hijo de que se trate. Así, de aplicarse la normativa literalmente, puede privarse al hijo de la paternidad “matrimonial”, por no haber sido concebido dentro del matrimonio (en este caso, por haberse concebido “antes”) o por haber sido concebido durante la separación de hecho de los cónyuges; ello, sin verificar si efectivamente existe o no el vínculo filial natural o biológico entre el marido y el hijo de que se trate, que en todo caso debería ser la materia a decidir. Nada impide que el marido efectivamente sea el padre biológico del hijo concebido “antes” de la celebración de las nupcias, al tiempo que la circunstancia de que los cónyuges hayan estado supuestamente separados de hecho con motivo del proceso de divorcio o nulidad del vínculo matrimonial, tampoco excluye *per se* la posible paternidad natural.

Esta reminiscencia del sistema que distingue entre hijos matrimoniales y extra matrimoniales, permite que se conceda mayor importancia a la circunstancia de que se haya o no celebrado un matrimonio que al hecho de que efectivamente se trate de padre e hijo unidos por el vínculo de sangre. De esta manera se permite que se desconozca al “hijo matrimonial”, pero atendiendo sólo al adjetivo y no a la sustancia:

Pongamos por caso, que el padre en conocimiento de la preñez de la mujer contraiga nupcias con ésta¹⁴⁰, pero le abandone inmediatamente después de la celebración del matrimonio, y no esté presente ni para el

139 LÓPEZ HERRERA critica la reforma del CC de 1982, que equiparó estas separaciones de hecho a la separación legal de cuerpos decretada por la autoridad judicial, que era el supuesto previsto en el Código de 1942: “De manera que resulta ahora obvio que la norma comprende tanto el caso de separación legal entre los esposos, como también el de separación de hecho entre ellos; y por ende crea una situación carente en parte de basamento jurídico en cuanto concierne a la situación de simple separación de hecho entre los cónyuges ya que en ese caso éstos, una parte, tienen el deber legal de cohabitar (art. 137 CC) y por otra, no existe entre ellos causa física alguna que se los impida de manera absoluta”. *Ob. Cit.*, pp. 376-377.

140 Lo que incluso en caso de madres menores de edad, suele ocurrir a los fines de evitar las sanciones penales respectivas.

momento del nacimiento, ni de la presentación del niño ante el registro civil, ni durante sus primeros meses de vida. Tal circunstancia permitiría el desconocimiento judicial del hijo, quedando en cabeza de la madre la carga de probar que el padre conocía previamente del embarazo, lo cual puede resultar sumamente difícil pues se trata de demostrar lo que el otro sabía o conocía, lo que conforma un ámbito íntimo o personal y posiblemente estrictamente psicológico o mental.

Igualmente puede concebirse la situación en la cual los cónyuges en proceso de divorcio o separación de cuerpos, sostengan algún encuentro sexual ocasional del cual derive la concepción del hijo, sin que ello pueda calificarse de “reconciliación”, pues esta implicaría el cese del conflicto y el desistimiento de las acciones o una causa para declarar sin lugar el divorcio por separación de cuerpos. En tal supuesto, podría el padre desconocer la filiación, y nuevamente se desplazaría a la mujer la carga de probar aquella “reconciliación”, aunque fuere “temporal”.

Se verifica entonces, que el régimen de presunciones permite el entretreimiento de una maraña de situaciones confusas y ajenas a la realidad biológica, por demás, hoy carentes de sentido práctico jurídico, habida cuenta de la existencia de métodos científicos que permiten establecer certeramente la existencia o no de la filiación paterna cuyo desconocimiento se pretenda. Ante la posibilidad real de acceder a la verdad material (biológica), poco importa si la concepción se verificó antes del matrimonio, o luego de presentada la demanda de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio: la prueba en contrario de la presunción de paternidad matrimonial, se debe sustentar en la demostración del hecho jurídico de que el marido no es el padre biológico del hijo nacido de su esposa, lo cual sólo puede probarse fehacientemente a través de una prueba heredobiológica, que en los actuales momentos, consiste en la comparación de los perfiles de ADN¹⁴¹.

En nuestro criterio y ante la eficacia de los avances científicos en la materia, reivindicados por el contenido de las disposiciones de los artículos 56 y 76 constitucionales, no basta con contraponer las fechas del nacimiento y de la celebración del matrimonio, ó con constatar que la concepción ocurrió luego de presentada la demanda de divorcio, nulidad o separación de cuer-

141 En el sistema clásico también se ha aceptado la prueba de circunstancias tales que hacen excluir la paternidad del marido, como el caso de la impotencia manifiesta y permanente (art. 204CC), o cuando ha sido materialmente imposible el contacto físico entre el hombre y la mujer.

pos, pues tal “prueba en contrario” de la paternidad matrimonial también es de naturaleza presuntiva, y no conlleva la verificación y el establecimiento de la filiación biológica, que es el postulado de la garantía concedida por la carta fundamental. Esto es, se establece la filiación paterna a través de una presunción y la prueba en contrario para desvirtuarla se fundamenta en otra presunción o lo que podríamos denominar “contra-presunción”, sin que en ningún caso se acceda a la prueba directa del hecho desconocido: la concepción.

De permitirse, como parecen hacerlo las citadas normas del Código Civil y su exégesis, la impugnación o desconocimiento de la paternidad del marido por *simple denegación*, invocando y probando la ocurrencia de la concepción antes de la celebración del matrimonio o durante la separación o ruptura propia del juicio de divorcio, nulidad o separación judicial de cuerpos, fácilmente podría violentarse la garantía constitucional de establecimiento de la filiación biológica, pues bien por simple negligencia de la defensa o bien por imposibilidad material de acceder a las pruebas respectivas (de que el padre conocía el embarazo ó de la reconciliación), podría quedar el juez limitado y forzado a declarar la procedencia del desconocimiento, privando así al hijo de la paternidad legal, pero sin certeza de que efectivamente se trate o no del padre biológico. Tal interpretación y la situación que genera, en el marco de nuestra actual realidad científica y constitucional resulta inaceptable, lo que sin lugar a dudas da paso a su redefinición, quedando el Juez obligado en virtud de sus potestades inquisitivas¹⁴² —reforzadas en esta materia de estricto orden público— a ordenar y hacer practicar las respectivas experticias herodobiológicas, aún cuando éstas no sean promovidas o tempestivamente evacuadas por las partes. Cabe aquí preguntarse: ¿puede el juez declarar que el marido no es el padre del hijo de su esposa, por el simple hecho de que existía una demanda de divorcio y la madre no demostró la reconciliación?; ¿puede el juez declarar con lugar el desconocimiento de la paternidad por que el hijo nació en el día 179 luego de celebrado el matrimonio y el padre

142 La norma del artículo 450 de la LOPNNA dispone como principios rectores en materia procesal relacionada a niños, niñas y adolescentes, los de **primacía de la realidad** y de **libertad probatoria**, según los cuales “El juez o jueza debe orientar su función en la búsqueda de la Verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias ; y “En el proceso, las partes y el juez o jueza, pueden valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y el juez o jueza lo apreciará según las reglas de la libre convicción razonada” (Subrayado nuestro).

no estuvo presente en el nacimiento? En la actualidad, la respuesta es obvia: el juez deberá buscar la verdad, la cual se encuentra fuera del ámbito presuntivo, en las respectivas pruebas científicas.

En este sentido la Sala de Casación Social en sentencia N° 157 de primero (1°) de junio de 2000, reiterada, entre otras, en sentencia N° 2169 del 30 de octubre de 2007, ha concluido:

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 éstos juicios, que por cierto no está limitada exclusivamente a la prueba sanguínea que tradicionalmente se realiza en estos casos, la cual, como se desprende de la información suministrada por el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, arroja como resultado una presunción de gran valor al establecer el porcentaje de posibilidad de paternidad del demandado, pero existiendo también en la actualidad la prueba del ADN, con mayor grado de certitud. Ahora bien, si el juez actúa en estos casos sin la debida diligencia y prudencia que los mismos ameritan, siendo materia de estricto orden público, puede suceder que se legalice una paternidad que biológicamente no existe pero también puede suceder que a un niño se le niegue el derecho a conocer a su padre, derecho natural de rango constitucional que estaba consagrado en la Constitución Nacional abrogada en su artículo 75, vigente para la fecha de interposición de la presente acción () (negritas y subrayado nuestro).

No podemos dejar de advertir que el criterio transcrito, aún cuando claramente hace referencia a la necesidad de la prueba de ADN y la posibilidad de su ordenación de oficio por parte del juez en los juicios de “desconocimiento” de paternidad, ha sido producido en juicios de “inquisición” de paternidad, por lo que en términos estrictamente jurídicos podría generar dudas en cuanto a la imperativa aplicación de esta doctrina a casos de desconocimiento, pues no se trataría de casos análogos al resuelto por la Sala¹⁴³. Igualmente

143 Recuérdese en este sentido que la norma del artículo 489-J de la LOPNNA dispone: “Fines. Los jueces y juezas de instancia deben acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia”, de manera que si bien

debe advertirse que el citado criterio se sustenta en buena parte, en normas y principios relativos a la materia de niñas, niños y adolescentes, por lo que en sentido formal podría cuestionarse su adquisición y aplicación en casos de paternidad discutidos luego de la mayoría de edad del hijo o supuesto hijo. Estas dudas sin embargo, en nuestra opinión, resultan insuficientes para desechar la aplicación de este criterio a los casos de desconocimiento o impugnación, habida cuenta de la claridad y contundencia de lo indicado por la Sala y la necesidad de satisfacción en todo caso de la garantía constitucional aludida, que implica la posibilidad y necesidad de evacuación de la prueba de ADN, incluso ordenada de oficio, en “todos” los casos de discusión de paternidad, bien se trate de inquisición o desconocimiento, o se trate de menores o mayores de edad.

En tanto que la Constitución Nacional garantiza el derecho al establecimiento de la filiación biológica, en caso de ponerse en duda la presunción legal de filiación paterna matrimonial, la actuación de los órganos jurisdiccionales ya no podrá limitarse a la aplicación del sistema presuntivo - precisamente atacado por quien desconoce la paternidad - sino que deberá apoyarse en la prueba científica para determinar la verdad natural y biológica, satisfaciendo así la referida garantía constitucional.

Ahondando, consideramos que dentro de ese escenario científico y jurídico, adolece de sentido la distinción entre el revisado desconocimiento *por simple denegación* y el llamado desconocimiento *normal* (fundamentado en la imposibilidad de acceso a la mujer, la impotencia o el adulterio), pues en ambos casos, lo que deberá comprobarse es la efectiva exclusión de la paternidad biológica, con las excepciones que se estudiarán seguidamente. Pasemos a revisar entonces el llamado desconocimiento normal, que aquí preferimos denominar *desconocimiento por inexistencia de vínculo biológico*.

existe la doctrina, también podría ponerse en duda que exista analogía entre un juicio de inquisición de la paternidad y uno de desconocimiento, pues se trata de pretensiones exactamente antagónicas. Sin embargo, teniendo ambas como fundamental tema de prueba y tema *decidedum*, la verificación o exclusión no de la filiación, consideramos que efectivamente existe la analogía requerida por la norma para extender el carácter vinculante de lo interpretado por la Sala. Por otra parte, debe advertirse que la Sala Constitucional del TSJ en sentencia N° 1.380 de fecha 29 de octubre de 2009, declaró la inconstitucionalidad de la norma del artículo 177 de la ley Orgánica Procesal del Trabajo, que es exactamente análoga en su alcance a la citada norma de la LOPNNA.

2. Desconocimiento de la paternidad matrimonial por inexistencia de vínculo biológico

Partiendo de las normas constitucionales tantas veces citadas, consideramos que como regla general, todo desconocimiento de la paternidad legal debe consistir exclusivamente en la negación de existencia del vínculo biológico o sanguíneo entre el hombre a quien la ley atribuye la paternidad legal y el hijo de cuya filiación se trate. En el caso concreto del desconocimiento de la filiación paterna matrimonial, obviamente se tratará de la negación de existencia del vínculo sanguíneo entre el marido y el hijo nacido de su esposa, en vigencia del matrimonio o durante los 300 días siguientes a su disolución. Tal negación conlleva lógicamente a implicar que dicha paternidad biológica corresponde a un hombre distinto del esposo, aun cuando la identidad de éste se desconozca, y sin que sea requisito establecer la verdadera filiación natural, pues a los efectos del desconocimiento, basta con que se excluya la del marido que impugna la filiación¹⁴⁴.

El marido conforme la citada norma del artículo 201 del Código Civil, *se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación*, surgiendo por mandato legal un vínculo que se materializa o instrumenta sin más, tan pronto se presenta al niño ante el registro civil y se establece respecto de éste la filiación materna de la mujer casada¹⁴⁵. Este padre legal, sabiendo o pretendiendo no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge, puede impugnar tal paternidad legal, a través de una acción de desconocimiento judicial, regulada principalmente por las normas de los artículos 202 al 205 del Código Civil, de los cuales los dos primeros corresponden al ya analizado desconocimiento *por simple denegación*, y los dos últimos, al llamado desconocimiento *normal*, que en términos de la ley se ajusta más a la necesidad de comprobación de circunstancias que hacen presumir la exclusión del marido como posible

144 Insistimos en que tratándose de la verificación de la filiación biológica, no debería existir diferencias entre el desconocimiento de un hijo matrimonial o extramatrimonial, ni mucho menos existir un desconocimiento *por simple denegación* y otro *normal*, pues en todo caso, lo que deberá alegarse, probarse y establecerse en juicio es que aquél que tiene atribuida legalmente la paternidad (matrimonial o no), no es biológicamente el padre de quien se presume o se tiene como hijo.

145 Según hemos advertido, conforme al artículo 93 de la novísima LORC, “*Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, omitiendo el estado civil de los mismos*”, por lo que si bien subsiste vigente la norma del artículo 201 del Código Civil que establece la presunción de paternidad matrimonial, ahora de la sola partida o acta de nacimiento no se podrá desprender esta filiación de carácter matrimonial, habida cuenta que dicha partida no indicará el estado civil de los progenitores.

progenitor del hijo matrimonial. Destacamos el contenido del artículo 205 CC que dispone:

Artículo 205.- El marido tampoco puede desconocer al hijo, alegando y probando el adulterio de la mujer a no ser que este hecho haya ocurrido dentro del período de la concepción y el marido pruebe, además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir su paternidad.

Para el análisis de esta norma, debe recordarse que el establecimiento de la paternidad legal del hijo nacido de mujer casada, se fundamenta en una presunción, y de allí que las normas relativas al desconocimiento de dicha paternidad así establecida, se encuentran dirigidas a regular las circunstancias en las cuales puede desvirtuarse aquella presunción que señala como padre al esposo. Se ha dicho, que en tanto que la Constitución Nacional garantiza el derecho al establecimiento de la filiación biológica, en caso de ponerse en duda la presunción legal de filiación paterna matrimonial, la actuación de los órganos jurisdiccionales ya no podrá limitarse a la aplicación del sistema presuntivo - precisamente atacado por quien desconoce la paternidad - sino que deberá apoyarse en la prueba científica para determinar la verdad natural y biológica. No obstante, debe considerarse la existencia de la citada norma, que no sólo continúa vigente, sino que a falta de una reforma que actualice al Código Civil en esta materia, continúa sirviendo como fuente para reglar la institución.

Otrora, a falta de pruebas científicas para determinar fehacientemente la exclusión de la paternidad matrimonial, se permitía impugnar ésta, demostrando circunstancias que “verosímilmente” permitan excluir dicha paternidad, tales como la impotencia *generandi* manifiesta y permanente del marido (art. 204), la ausencia de éste declarada judicialmente o la declaración de presunción de muerte, o la demostración de imposibilidad física de acceder a la esposa, como ocurre por ejemplo, en los casos en que el marido ha estado en campaña militar durante todo el período de gestación o padecido de una enfermedad que le produzca imposibilidad física. Por su puesto, la prueba de que la mujer cometió adulterio durante el período de la concepción, coadyuva a la determinación de la posible paternidad de un tercero extraño al esposo, empero, como bien lo señala la norma del 205, no constituye por sí sola, prueba suficiente para excluir la posible paternidad del marido, en especial, si en el mismo período de concepción éste convi-

vía con la mujer; motivo por el cual la norma exige que “concurran” otras circunstancias que permitan excluir su paternidad, para lo cual las antiguas pruebas antropomórficas y de comparación de tipos sanguíneos, resultaban un mecanismo bastante idóneo, aunque no siempre exacto o concluyente.

Ahora, ante la existencia de la referida prueba científica de comparación de perfiles de ADN, bastará con la evacuación de dicha prueba, promovida por cualquiera de las partes o incluso ordenada de oficio por parte del Juez, para que sin necesidad de comprobar ninguna otra circunstancia se pueda verificar si el marido que desconoce al hijo matrimonial es efectivamente o no su progenitor biológico. Lo cual, de una parte, simplifica ampliamente el aspecto argumentativo y probatorio de este tipo de procesos, pero de otra, conlleva a establecer e interpretar las normas e instituciones procesales que regulan este tipo de prueba de experticia científica¹⁴⁶, lo cual revisaremos más adelante.

Respecto a la utilización de esta prueba basta con revisar el criterio jurisprudencial antes citado, proferido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Desconocimiento e impugnación de la paternidad no matrimonial. Inexistencia de vínculo biológico

Venimos sosteniendo la igualdad de filiación que proscribe la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y de allí, que cónsonos con tales postulados, concluimos en que las causales de desconocimiento o impugnación de la paternidad legal en todo caso deben fundamentarse en la alegación y prueba de la falsedad de aquella paternidad legalmente atribuida, precisamente por no corresponderse con la verdad biológica o paternidad natural. Para ello, es indistinto que la paternidad legal impugnada o desconocida derive la presunción de paternidad matrimonial, del reconocimiento voluntario efectuado previamente por el presunto padre, o de la identificación de éste por parte de la madre conforme a la analizada norma del artículo 21 LPFMP. En todos estos supuestos, la forma de desvirtuar y declarar la inexistencia de

146 Aún cuando este aspecto se revisa más adelante, no queremos dejar de advertir, que la regulación de la prueba heredobiológica en el Código Civil esta dirigida para ser practicada a la parte a solicitud del sedicente hijo que pretende inquirir la paternidad, por lo que debe revisarse como aplican -de ser el caso- dichas normas en caso contrario, es decir, cuando la prueba podría obrar en contra del hijo, atendiendo además a las garantías constitucionales de respecto a la integridad física (art. 46).

la paternidad legal (matrimonial o extramatrimonial), es acudir al respectivo proceso judicial de impugnación¹⁴⁷, alegando y probando la inexistencia del vínculo biológico. De manera que damos por reproducidas todas las consideraciones formuladas en el punto anterior, en tanto resultan perfectamente aplicables al desconocimiento de la paternidad no matrimonial.

No obstante lo expuesto, cabe advertir que tanto respecto de la filiación legal matrimonial, como de la extramatrimonial, no siempre será posible dar cabida a la exclusión de paternidad por inexistencia del vínculo biológico, en atención a normas jurídicas e instituciones protectoras de la paz familiar. Según se revisa seguidamente.

4. Casos en que no procede el desconocimiento o impugnación de la paternidad legal por inexistencia de vínculo biológico

La tantas veces citada norma del artículo 56 Constitucional, garantiza el derecho a la investigación de la identidad biológica, que doctrinariamente se ha incluido dentro de los denominados *derechos de la personalidad* y específicamente dentro del *derecho a la identidad*¹⁴⁸. Se trata del derecho de todo ser humano a conocer su origen, a conocer quiénes son sus padres biológicos, para lo cual la propia Constitución garantiza el derecho a acceder a la información correspondiente. Ahora bien, ¿cuál es el contenido y alcance de este derecho? ¿la norma garantiza solamente el derecho de “investigar”, ó implica el derecho a que se establezca en todo caso la filiación biológica como única reconocible por el derecho?.

147 También es posible la negación de esa paternidad y su desvirtuación en sede administrativa en el analizado caso de previsto por la LPFMP.

148 “La identidad de una persona es todo aquello que lo torna en un ser no fungible e irreplicable en su peculiaridad. Si por naturaleza todos los hombres son iguales, en lo más profundo de su ser cada uno es diferente y único; cada uno tiene su propia biografía; cada uno posee una historia personal irreplicable. Desde el comienzo de su existencia el hombre tiene una identidad exclusiva, que se desarrolla y se enriquece a través del ejercicio de su libertad. El derecho a la identidad se constituye así por una parte estática y otra dinámica: La primera como su nombre lo indica se mantiene en principio inalterable con el transcurso del tiempo y configura la identidad del sujeto mayormente en su aspecto físico y primario, pues incluye el atributo esencial del nombre civil. Entre estos elementos suele citarse además del nombre, los rasgos físicos, a la configuración genética, las señas antropomórficas, las huellas dactilares, etc. Por su parte el elemento dinámico de la identidad se presenta como la historia, proyecciones y creencias de la persona y de allí su denominación porque en efecto, con el paso del tiempo y de la vida, el ser humano cambia”. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al Estudio de los Derechos de la Personalidad*. Ob. Cit., pp. 93 y 95; TSJ/SCS, Sent. N° 0148 del 4-3-10, <http://www.tsj.gov.pe/decisiones/scs/Marzo/0148-4310-2010-08-901.html>

La respuesta no surge sencilla, en especial si se considera que la misma norma constitucional seguidamente dispone que *toda persona tienen derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley* (cursivas y subrayado nuestro). Lo que pareciere indicar que más allá del derecho de investigación o de conocer dicha identidad biológica, la misma tendría preponderancia sobre cualquier otra, pues mal podría proveerse al individuo de un documento de identidad que compruebe su identidad biológica y al mismo tiempo, reconocerle una identidad legal, distinta a aquella. No obstante, consideramos que el propio constituyente dejó al legislador la regulación de la materia relativa a la documentación¹⁴⁹, al tiempo que la norma del artículo 75 Constitucional, garantiza la protección de la familia, y asimila la adopción otorgándole “*efectos similares a la filiación*”. Lo que en nuestro criterio, habilita al legislador e incluso al intérprete para flexibilizar o imponer necesarias excepciones a la supremacía absoluta del reconocimiento de la verdad biológica sobre la legal.

En torno a la identidad biológica, María Candelaria Domínguez, señala:

El art. 56 de la Constitución vigente, en su primer párrafo señala expresamente el derecho de toda persona a conocer la *identidad* de sus padres. En efecto, se ha considerado incluido dentro del derecho a la *identidad*, el conocimiento que debe tener todo ser humano sobre su identidad biológica o genética, a saber, tener información sobre sus padres genéticos. Así se le debe reconocer a todo ser humano la posibilidad de acceder al conocimiento de su identidad biológica o genética, aún cuando no se deriven de ello consecuencias jurídicas, como sería en el caso de la adopción o de la procreación asistida. Esa sana curiosidad de conocer nuestro rigen forma parte de la identidad y constituye un derecho innegable de la persona humana¹⁵⁰. (Subrayado nuestro).

149 “Para finiquitar este punto, se quiere atraer la atención al lector, sobre una coletilla que lamentablemente a veces pasa desapercibida y es que el constituyente expresamente regula la facultad de poseer ‘documentos públicos que comprueben su identidad biológica’ en los términos que antes se desarrolló, supeditándolo a una ‘conformidad con la ley’ lo cual ratifica la apreciación sobre que no existen derechos absolutos, por lo que es lícito fijar ciertas limitaciones justificadas cuando entre derechos fundamentales de tan elevado rango, existe una contradicción aparente que obligue a interpretar el alcance de cada facultad”. VARELA CÁCERES, Edison Lucio. *Ob. Cit.*, p. 235.

150 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al Estudio de los Derechos de la Personalidad*. *Ob. Cit.*, p. 124.

De manera que en pro de la paz y armonía familiar, e incluso del propio individuo, aún cuando se permita a éste la investigación de su filiación biológica –en tanto que derecho de la personalidad- ello no conllevaría, a la posibilidad de exigir que se reconozca y atribuya esta filiación y se desconozca aquella otra que la ley y la propia Constitución han consentido en su provecho y de la familia, como ocurre en los citados casos de adopción o de procreación asistida. Todo lo cual además, en nuestro país requiere de legislación expresa, aún no existente. Por ahora, y ante la falta de legislación postconstitucional que regule la materia, revisaremos cuatro (4) categorías de casos en que podría discutirse y hasta negarse la preponderancia de la filiación biológica sobre la legal.

4.1. La adopción

Por definición legal, la adopción “es una institución de protección que tiene por objeto proveer al niño, niña o adolescente, apto para ser adoptado o adoptada, de una familia sustituta, permanente y adecuada”¹⁵¹. Para LÓPEZ HERRERA¹⁵², se trata de “una institución jurídica fundada en la caridad, en el altruismo y en la afectividad del ser humano, cuya finalidad es la asunción de una persona como hijo, por parte de otra persona o de un matrimonio que no tiene aquél vínculo de consanguinidad en línea recta y en primer grado”. Inscibimos la adopción como un modelo clásico de filiación legal, conforme al cual, adoptante y adoptado asumen la condición legal de padre (o madre) e hijo, a pesar de no existir entre ellos vínculo sanguíneo filial. Nuestra Constitución, ex artículo 75, equipara esta institución con la filiación, atribuyéndole similares efectos, y la LOPNNA la contempla como un tipo de “familia sustituta”, institución que conforme a la misma norma constitucional, es un mecanismo de protección y forma de brindar una familia a aquellos menores que no pueden ser criados en el seno de su familia de origen o ello resulta inconveniente para su interés superior.

El efecto principal de la adopción consentida por las partes y acordada legalmente por el juez, es que “confiere al adoptado o adoptada la condición de hijo o hija, y al adoptante la condición de padre o madre”¹⁵³, extinguiendo

151 Art. 406 LOPNNA. Véase interesantes consideraciones sobre la adopción en: <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/2369-26-DH41-V-2003-000558-.html>

152 LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 490.

153 Artículo 425 LOPNNA

el parentesco del adoptado con los integrantes de su familia de origen¹⁵⁴, y constituyendo parentesco entre aquél y la familia consanguínea y afín del adoptante y también respecto de su cónyuge¹⁵⁵. La ley y la propia constitución equiparán la filiación natural con la adopción, conformando una filiación legal, con los mismos efectos y consecuencias que aquella establece sobre quienes biológicamente son padres e hijos. Así las cosas, y estando la adopción concebida en interés del adoptado, y teniendo como finalidad la dotación e inserción de éste en una familia, con especial intervención de un padre (y/o madre) adoptante que sin estar obligados naturalmente asumen dicha paternidad, con las cargas, deberes y obligaciones que ello implica, resulta claro que en protección de esa familia así conformada, la institución de la adopción amerita consolidación y reconocimiento en el tiempo, por lo que no está dado ni a los adoptantes ni al adoptado impugnar esta filiación legal, alegando su falta de correspondencia con la biológica.

El adoptado, al igual que cualquier otra persona, conforme a la norma del artículo 56 Constitucional, tiene derecho a “investigar” la identidad de sus progenitores biológicos, y es así como la norma del artículo 429 de la LOPNNA a pesar de disponer la confidencialidad del expediente de adopción, permite que el adoptado a partir de su adolescencia (12 años de edad) tenga acceso a la información respectiva, pero sin que ello implique la legitimación para inquirir la paternidad de aquellos progenitores biológicos, quienes incluso de ser conocidos (y no estar privados de la patria potestad)¹⁵⁶, habrían sido requeridos para brindar su consentimiento a la adopción. En este sentido, el Código Civil español al igual que la ley venezolana dispone en su artículo 180, numeral 5, la posibilidad-derecho del adoptado de acceder a la información sobre su origen biológico, pero previene en el numeral 4 del mismo artículo, que “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”¹⁵⁷. De manera que la

154 Que sólo subsisten a efectos de las impedimentos matrimoniales entre el adoptado y los miembros de su familia de origen (artículo 428 LOPNNA).

155 “De manera que la adopción es fuente de filiación, el más importante de los subtipos del estado de pariente consanguíneo; y determina entre sujetos activo y pasivo, una situación familiar exactamente igual a la vinculación natural de sangre, en línea recta y en primer grado”. LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 529.

156 Artículo 414 LOPNNA

157 FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código Civil* (España). Novena Edición. Navarra (España): Editorial Aranzadi, 2008.

filiación, siempre establecida en interés del adoptado, prevalece por sobre la filiación biológica, sin perjuicio de la posibilidad de investigación de ésta, en tanto que derecho de la personalidad garantizado constitucionalmente. Queda a salvo, por su puesto la posibilidad de demandar judicialmente la nulidad de la adopción, pero lo cual procede por las causas específicas previstas en la LOPNNA y no por la inexistencia de vínculo biológico entre adoptante y adoptado, pues tal condición es precisamente una de las causas y requisitos propios de la institución.

En conclusión, la adopción es un caso típico de posibilidad legal de inconsistencia o falta de correspondencia entre la filiación legal y la biológica, en el cual, resultara improcedente la reclamación de una filiación distinta a la legalmente establecida. Quedando en manos del legislador la estipulación de normas que claramente así lo dispongan, a los fines de la expedición de instrumentos de identidad, que en este caso, no serían indicativos de la filiación biológica, sino exclusivamente de la legal.

4.2. Reproducción asistida

Los avances científicos también han permitido que junto a la concepción verificada de forma natural a través del encuentro sexual entre un hombre y una mujer, se produzca otro tipo de concepción generada artificial o científicamente, en lo que se denomina “reproducción asistida”¹⁵⁸, resultando relevante al tema que nos ocupa, aquella que se realiza con semen del marido o de un donante, para luego ser implantado el embrión en el útero de la esposa o concubina.

158 “Dentro de la gama de posibilidades que brinda la reproducción asistida, podemos citar:

a) óvulo de la esposa fertilizado con esperma de marido y embrión implantado en el útero de la mujer. (fertilización homóloga); b) óvulo de la esposa fertilizado con esperma de un donante y embrión implantado en el útero de la mujer (fertilización heteróloga); c) óvulo de la esposa fertilizado con esperma del marido, implantándose posteriormente el embrión en el útero de una madre sustituta (fertilización heteróloga);

d) óvulo de una donante fertilizado con esperma del marido e implantándose posteriormente el embrión en el útero de la esposa (fertilización heteróloga); e) óvulo de una donante fertilizado con esperma del marido, implantándose posteriormente el embrión en el útero de la donante. (fertilización heteróloga);

f) óvulo de una donante fertilizado con esperma de un donante, implantándose posteriormente el embrión en el útero de una madre sustituta. (fertilización heteróloga, etc.)”. RIBEIRO SOUSA, Dilia María. *Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 118. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 274.

4.2.1. Inseminación con semen de donante (inseminación heteróloga)

De las múltiples y complejas posibilidades relativas a la procreación asistida (homóloga y heterólogas), la legislación venezolana hasta ahora pareciere regular solamente el supuesto de la inseminación heteróloga verificada con semen de un donante (hombre distinto del marido) con implantación del embrión en la mujer casada. En tal sentido, dispone el artículo 204 del Código Civil, lo siguiente:

Artículo 204.- El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.

El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

El único aparte de la citada norma, constituye un importante reto de interpretación jurídica, en tanto que impide que el hombre casado desconozca al hijo producto de una inseminación artificial de su mujer con semen de otro hombre (donante), cuando tal inseminación haya sido consentida o autorizada por el marido. Tal previsión es perfectamente entendible y ajustada a la realidad social y familiar, pues si el hombre (marido) en conciencia de su impotencia *generandi* y con la finalidad de formar familia con hijos, consiente en la inseminación de su mujer con semen de un donante, obviamente estaría *ab initio* asumiendo la paternidad legal del hijo producto de esa inseminación, y concebido en vigencia (dentro) del matrimonio, aunque en forma heteróloga. Caso que resulta bastante análogo a lo que ocurre con la adopción y que en consecuencia podría resolverse, concediendo la misma firmeza e inmutabilidad en cuanto a la filiación legalmente establecida, aún en conciencia de que se no se corresponde con la filiación biológica.

Sin embargo, esta realidad social y familiar podría chocar con un obstáculo, al contraponerse a la norma constitucional que garantiza el derecho de toda persona a investigar su identidad biológica, y más aún, a *obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley* (art.56 Constitucional). Igualmente parece enfrentarse esta norma del artículo 204 del Código Civil, a la intención del legislador expresada en la norma legal del artículo 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil, que dispone que *toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, ...*, y que según hemos reseñado se limitó a reproducir

el texto constitucional, sin reparar el legislador en circunstancias como la aquí revisada.

Obsérvese que a diferencia de la adopción, esta forma de filiación legal no se encuentra asimilada constitucionalmente a la biológica, por lo que podría corresponder al legislador postconstitucional definir en estos casos, lo que deberán expresar los documentos de identidad del individuo así procreado. Hasta tanto, consideramos la vigencia y aplicación de la norma en análisis, pero sin negar que la misma podría estar en contradicción del postulado constitucional referido. En tal sentido, es oportuno destacar que otras legislaciones como la española, regulan esta situación, determinando la filiación legal del padre que ha consentido la inseminación y preservando la confidencialidad sobre la identidad de los donantes.¹⁵⁹

En nuestro país, en las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a la interpretación y alcance de la norma del artículo 56 Constitucional, pareciere entenderse que el derecho de investigación de la paternidad y determinación de verdad biológica resulta absoluto, incluyendo en todos los casos el derecho a que se establezca legalmente aquella paternidad biológica, tal y como se infiere de la ya citada sentencia N° 1443 del 14 de agosto de 2008, así como de la sentencia N°. 1456 de fecha 27 de julio de 2006, en la cual se establece que *“todo hijo tiene derecho a conocer a sus padres; derecho que no se limita a saber quién es, sino a obtener los efectos jurídicos de tal condición”*¹⁶⁰ (subrayado nuestro).

159 “5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”. (Ley 14/2006, de 26 de Mayo, Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Consultado En [Http://Noticias.Juridicas.Com/Base_Datos/Admin/L14-2006.Html](http://Noticias.Juridicas.Com/Base_Datos/Admin/L14-2006.Html), el 30 de marzo de 2010).

160 Sin embargo la misma sentencia contempla casos en los que se acepta el establecimiento de una maternidad distinta de la biológica (caso de las madres subrogadas o alquiler de vientres), e incluso prevé la extraña situación jurídica de que se establezca legalmente la filiación, pero sin que implique derechos a alimentos o sucesorales (casos de fecundación artificiosa). Por demás, en voto salvado de la propia decisión se exalta -acertadamente en nuestro criterio- los excesos y deficiencias jurídicas del fallo en cuestión.

De otra parte, si bien no encontramos disposición legal expresa que prohíba al padre biológico (donante) demandar que se establezca judicialmente su paternidad -en desconocimiento e impugnación de la legal-, consideramos que el espíritu y propósito del artículo 204 CC, si excluye tal posibilidad, impidiendo al padre biológico, obtener judicialmente el establecimiento de la filiación. Esta posición se ve reforzada por la previsión de la norma del artículo 230 del Código Civil¹⁶¹, que excluye la posibilidad de reclamar una filiación distinta cuando existe conformidad entre la respectiva partida o acta de nacimiento y la posesión de estado de hijo. De manera que, una vez establecida la filiación legal entre el marido y el hijo concebido con semen de otro hombre (donante), siempre que se haya materializado de facto un trato recíproco entre padre legal e hijo, quedaría proscrita la posibilidad de que el padre biológico obtenga el reconocimiento de su paternidad en exclusión de la legalmente establecida.

En resumen, no está dado al padre legal desconocer la filiación así establecida; corresponde al hijo el derecho de averiguar su filiación biológica a los solos efectos de “conocer” su origen o real ascendencia histórica y genética; y queda en manos del legislador definir la posibilidad o no de inquirir y establecer dicha paternidad biológica por parte del hijo y/o por parte del padre biológico (donante), lo cual, conforme a la vigente legislación resultaría improcedente.

Para concluir, destacamos que conforme a la equiparación formulada constitucionalmente entre el matrimonio y el concubinato¹⁶², consideramos que *mutatis mutandi*, todo lo antes dicho es aplicable a aquellos casos de uniones estables de hecho, en que el hombre consienta la inseminación de su mujer con semen de un donante.

4.2.2. Inseminación *Post Mortem*

Como consecuencia de las amplias alternativas surgidas de los adelantos científicos, existe y se ha presentado en la práctica la posibilidad de que

161 **Artículo 230.-** Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento. Y aun cuando exista conformidad entre las actas de Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta de la que atribuyen las actas del Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos.

162 **Artículo 77** Constitucional.

luego de la muerte del hombre que aporta el material genético masculino, se proceda a la procreación de un hijo, bien por inseminación póstuma con semen conservado, o por implantación de embriones fecundados en vida del hombre –con su semen- y crioconservados. Respecto a estos procedimientos, poco o nada prevé nuestro actual ordenamiento jurídico, limitándose la Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos¹⁶³ a realizar una mención negativa o excluyente de su aplicación respecto de la donación o trasplante de ovarios, óvulos y esperma, exigiendo únicamente la aceptación del donante y el receptor, pero sin regular las condiciones y consecuencias de tales donaciones¹⁶⁴. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1456 de fecha 27 de julio de 2006, en interpretación de normas de la referida Ley, ha reconocido la posibilidad legal y hasta constitucional¹⁶⁵ de tales procedimientos científicos, exigiéndose como único requisito la existencia de la voluntad y autorización por parte del hombre de que se trate.

De nuestra parte, consideramos que tal posibilidad científica, atenta contra el derecho de los niños de ser creados en el seno de una familia y de conocer y ser cuidados por sus padres¹⁶⁶, por lo que, no existiendo previsión legal que regule tal situación ni la consienta, concluimos en la ilegalidad de tales procedimientos. Por demás, la fertilización post mortem ha sido criticada por la doctrina por considerar que afecta el derecho de todo niño de tener un padre y una madre¹⁶⁷, entendiendo que “[l]a tecnología no debe

163 Gaceta Oficial N° 4.497 Extraordinario de fecha 3 de diciembre de 1992.

164 Artículo 1°.- El trasplante o la disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma, pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor o, si este último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17.

165 Con aparente amparo de la norma de los artículos 75 y 76 Constitucionales.

166 Parece inconsistente con el deseo de procrear un hijo y asumir la “paternidad”, que el “padre” autorice la procreación póstuma de hijos a sabiendas de que no podrá asumir materialmente dicha responsabilidad. Si bien en la realidad muchos niños crecen sin padre, por el abandono de éstos o por su sobrevenido deceso, la existencia de tales lamentables circunstancias, en nada implican que pueda permitirse o legalizarse la consiente e intencional procreación de “hijos sin padres”, pues ello, abiertamente atenta contra los derechos previstos en la citada norma del artículo 75 Constitucional, y contra los principios de “igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco”, que ordena la misma norma constitucional.

167 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Breve referencia a la filiación post mortem*. En: Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas N° 134, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009, p. 199.

revertirse en perjuicio del hijo, porque en la medida de lo posible la filiación post mortem debería responder a causas naturales y no a la mano del hombre. Nadie quiere la muerte de sus progenitores por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aun ser concebido sin ellos”¹⁶⁸.

Así, ante la permisibilidad dimanada de la referida decisión del máximo tribunal, y ante la posibilidad real de la verificación “lícita” de estos procedimientos póstumos, consideramos que en todos los casos debe procederse al establecimiento de la filiación paterna respecto del padre biológico, sin que resulte procedente que los herederos de dicho padre pretendan el desconocimiento o imputación de la paternidad por causa de la muerte del respectivo padre.

El problema surge respecto de los derechos y condiciones derivados de la paternidad legal, pues nuestro ordenamiento jurídico actual, no prevé el desdoblamiento de la paternidad, para establecer como lo hace la sentencia en referencia, la calificación de un hijo con filiación y apellidos, pero sin derechos a alimentos ni sucesorales, en los casos de inseminación o fecundación fraudulenta o artificiosa.

Consideramos, como se ha dicho, que de permitirse o concederse licitud a estos procedimientos, el hijo nacido aún cuando haya sido concebido póstumamente, tendrá derecho al establecimiento de la filiación con todas las consecuencias legales, incluidos, el uso del apellido paterno, la relación de parentesco por consanguinidad con los familiares consanguíneos del padre, derecho de alimentos (manutención) y vocación hereditaria.

Sin embargo, respecto del último aspecto (posibilidad de suceder), pensamos que deben diferenciarse dos situaciones: Si se trata de un embrión generado y conservado antes de la muerte del padre, técnicamente estaríamos en presencia de un ser ya concebido, por lo cual, conforme a la regla del artículo 809 del Código Civil que determina la incapacidad de suceder de quienes no estén concebidos “en el momento de la apertura de la sucesión”¹⁶⁹, el niño que nazca de tal procedimiento, tendría derecho a heredar los bienes de su padre; en cambio, si se trata de la conservación

168 *Ibidem.*, p. 217.

169 Si bien la misma norma indica que el cálculo de la concepción se verificará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna, sabemos que tal norma presuntiva, cede ante la determinación directa de la concepción a través de los mecanismos científicos, por lo que la prueba de la concepción en estos casos, se concretaría a la determinación del momento en que se concretó la fecundación del ovulo por el espermatozoide.

solamente de semen (gametos masculinos) que luego de la muerte se usa para fecundar a la mujer, entonces consideramos que el hijo póstumo, si bien conserva el derecho de usar el apellido, tiene derecho a alimentos y al parentesco con los familiares consanguíneos del padre, no puede heredar a éste, por no haber sido concebido antes de la apertura de la sucesión¹⁷⁰. Paradójicamente, si tendría vocación hereditaria por representación, respecto de los familiares paternos que fallezcan luego de concebido. Obviamente toda esta situación se muestra confusa dada la escasez de normativa legal y/o la aplicación de normas que no fueron creadas considerando estas posibilidades científicas.

4.2.3. Inseminación fraudulenta

Puede darse también la situación de que sin consentimiento del hombre se tome su material seminal y se implante o fecunde, para procrear un hijo sin el previo consentimiento de aquél hombre. La misma sentencia en referencia distingue dos situaciones:

Es preciso señalar que, aun cuando lo planteado aquí está relacionado con la expresión o no del consentimiento del esposo de la actora para la práctica de la fecundación in Vitro, no es este un caso de hurto de semen, en el cual el hombre al cual éste pertenece desconoce las intenciones de la mujer, quien tiene relaciones sexuales para tomar la muestra (y lo hace valiéndose de los restos en un preservativo o por otra vía, o lo obtiene de una persona recién fallecida), como ha sucedido en la realidad, con el fin de practicarse una técnica de reproducción asistida sin el consentimiento de la persona de quien proviene el semen.

A juicio de esta Sala, en estos supuestos hay que distinguir si se trata de un matrimonio o de quienes mantienen una relación concubinaria, de quien obtiene el semen de persona con quien tiene una relación ocasional.

En los dos primeros supuestos hay filiación obligatoria, mientras que en el último hay que hacer otra distinción, quienes tienen sexo consensuado, corren el peligro de procrear, así se utilicen preservativos tanto por el hombre como por la mujer, que pueden fallar, y tal peligro sigue en pie si la mujer obtiene -en esta última situación- de alguna manera el semen del hombre.

170 Sobre la base de la denominada incapacidad para suceder por “inexistencia” en la que se incluye al no concebido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho Sucesorio*. Caracas: Editorial Texto, 2010. pp. 193-197.

El hijo nacido de la inseminación con el semen recogido de manera artificiosa podrá reclamar la filiación que le corresponde y exigir de sus padres los derechos que le otorga el artículo 76 constitucional; al fin y al cabo él es el producto, así sea atípico, de una relación sexual.

Distinta tiene que ser la situación si el semen es recogido fuera de una relación sexual personal de cualquier tipo, o los óvulos son hurtados del centro médico que los tenía, o son manipulados para que los fecunde persona distinta a la que escogió la mujer.

Surge así una contradicción entre los derechos del niño que nacerá, de conocer y ser asistido por sus padres, y el de la dignidad del padre o madre timados por el ilegal uso del semen o los óvulos, cuyos derechos al desarrollo de la personalidad se ven afectados por un hijo no querido, y que por lo regular será rechazado. Violándosele a uno de los padres el derecho que le otorga el artículo 76 Constitucional, de decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que desea concebir.

A juicio de esta Sala, en casos como éstos, donde por una actividad ilegítima de alguien, nace un hijo no deseado por alguno de los padres biológicos, con la carga psíquica contra el hijo, que implica su rechazo, debe armonizarse la posición del padre o madre defraudado, con los derechos del niño de conocer y ser asistido por sus padres.

En este otro plano no debería ser perjudicado totalmente el padre o la madre objeto de un fraude producto de la reproducción asistida, y por ello, la Sala si bien considera que constitucionalmente (y es de orden público), el hijo tiene el derecho de conocer a su padre biológico, incluso para poder informar a los médicos sobre sus antecedentes genéticos, así como el derecho de utilizar los apellidos del padre o la madre, para armonizar con los derechos violados al padre o a la madre (y hasta a ambos, si fuese el caso, como podría ocurrir si se utilizare un vientre prestado), considera que el así nacido carece de derechos alimentarios y sucesorales con respecto al progenitor, por ser producto de una manipulación indigna.

Conforme a esta sentencia, todo hijo procreado de forma asistida, con semen del marido, concubino u hombre con quien la mujer mantenga una relación sexual, tendrá derecho al establecimiento y reconocimiento legal de la filiación biológica, aún cuando el hombre no haya consentido tal procedimiento y su semen se haya recogido artificialmente, entendiéndose la sala que “quienes tienen sexo consensuado, corren el peligro de procrear,

así se utilicen preservativos tanto por el hombre como por la mujer, que pueden fallar, y tal peligro sigue en pie si la mujer obtiene -en esta última situación- de alguna manera el semen del hombre”.

En igual sentido la profesora Domínguez Guillén, sostiene:

() Si no ha mediado consentimiento a los fines de la inseminación artificial y el semen es de un tercero, el esposo puede ejercer la acción de desconocimiento; pero si el semen es del marido, a nuestro criterio, el hijo ha de imputarse como matrimonial, porque biológicamente le corresponde no obstante su impotencia, y sería útil pretender una autorización para la extracción del semen más no para una posible inseminación de su esposa. Es decir, el desconocimiento en tal caso no tendría sentido útil en razón de la correspondencia biológica o genética de la filiación, amén de que se permitió la extracción de semen es de suponer que fuera con miras a resolver su problema de fertilidad. Realmente, lo que en esencia pareciera ser el sentido de la norma es que la inseminación artificial heteróloga, esto es, con semen de un tercero, precisa de autorización del marido, so pena de permitir prosperar la acción de desconocimiento de la paternidad¹⁷¹.

Diferenciadamente, la Sala crea una figura no prevista en ninguna parte del ordenamiento jurídico: la de un hijo con derecho a conocer al padre y a usar sus apellidos, pero sin derecho a ser cuidado ni asistido por dicho padre, ni a sucederlo (a pesar de haber sido concebido en vida de éste). La sentencia en referencia, considera que por ser el hijo producto de una actuación censurable e ilícita, el así procreado tendrá una especie de “*media filiación*” y adolecerá de derechos que la propia constitución le garantizan. Más aún, la decisión soporta o justifica su conclusión en la existencia de normas penales del ordenamiento jurídico colombiano que atenúan la pena privativa de la libertad a “...La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas,...”. Tal argumento es a todas luces antijurídico: En primer lugar se trata de una norma de legislación extranjera; en segundo lugar la referida norma, aún insertada en el ordenamiento venezolano podría ser violatoria del derecho constitucional

171 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 225-226.

a la igualdad y a la protección Constitucional y universal del derecho a la vida de “todos” los niños; y en tercer lugar, y posiblemente más importante —en lógica y sistemática jurídica— la atenuación de la pena por delito de homicidio, concedida en aquél caso a la madre víctima de una violación o inseminación fraudulenta, no se puede entender realizada en descalificación o desvalorización del bien jurídico protegido (la vida del niño), sino precisamente en atención a considerar como “víctima” a la madre, y atender a su estado de afectación psicológica causado por el acto ilícito perpetuado en su contra, lo cual conlleva a afectar su intencionalidad y culpabilidad, que constituyen presupuestos de la sanción penal y consecuentemente dan lugar a la atenuación de la pena.

En nuestro criterio, hasta tanto se dicte legislación que regule la materia, indistintamente de la ilicitud del acto que dio lugar o constituyó la concepción, el hijo nacido de inseminación artificiosa o fraudulenta, al igual *-mutatis mutandi-* que los hijos nacidos de violaciones o de incestos, tendrán la filiación legal que biológicamente les corresponda, con todos los atributos, deberes y derechos que de aquella deriven¹⁷².

Igual conclusión abordamos, en los casos del llamado “vientre en alquiler”¹⁷³, cuando la madre gestadora (quien pare), se niegue a entregar al hijo y asuma la maternidad, caso en el cual, a pesar de que el hombre no quería o tenía la voluntad de compartir la paternidad con esta “contratada”, deberá asumir la respectiva paternidad. Esto es, resulta posible que se “contrate” o acuerde con una mujer extraña a la pareja, que facilite su vientre (o su óvulo y su vientre) para concebir y/o gestar un hijo que luego será entregado a la pareja con voluntad procreadora (“contratantes”), para lo cual, el hijo en cuestión será concebido utilizando el semen del hombre interesado (pareja de la mujer que no puede concebir o gestar); ocurriendo posteriormente, luego del parto, que aquella que prestó el vientre, se niega a entregar el niño, aduciendo su maternidad e invocando la norma del artículo 197 del Código Civil que

172 Seguidamente se presentan algunas consideraciones respecto a la filiación paterna derivada de estos delitos.

173 Aún cuando el tema no corresponde específicamente al alcance de este trabajo, no podemos dejar de manifestar la clara ilicitud de esta práctica y más aún, la absoluta ineficacia jurídica de cualesquiera contratos o negocios jurídicos que se verifique al respecto, en especial, cuando se pretenda forzar a la gestante a la entrega del recién nacido, por cuanto todo contrato en tal sentido sería contrario al orden público y las buenas costumbres, amén de atentar contra los derechos de la personalidad y la dignidad de la madre y del hijo, al pretender tratar al cuerpo humano, la maternidad y a la persona misma como “objetos de derecho”.

dispone que “[l]a filiación materna resulta del nacimiento”. Supuesto en el cual, indistintamente de a qué madre se atribuya la maternidad (facilitadora del ovulo, gestadora, o contratante)¹⁷⁴, siempre la paternidad corresponderá al hombre que voluntaria y abiertamente aportó el semen con la intención de procrear, pues no se trata de un donante anónimo.

4.3. Partida de nacimiento conforme a la posesión de estado

Otro de los cuestionamientos que resulta altamente relevante como tema de discusión e interpretación jurídica, y que surge de la contraposición de las normas constitucionales en estudio y las preexistentes normas del Código Civil, se encuentra constituido por la subsistencia de la posesión de estado como prueba absoluta de la filiación, y de la utilización de esa posesión de estado para reafirmar la filiación legal (establecida en la acta de nacimiento y/o reconocimiento), imposibilitando la declaración de una filiación distinta a la legal, aún cuando ésta no coincida con la biológica. Nos corresponde en este capítulo la revisión de los casos en que existe correspondencia entre la posesión de estado de hijo y la paternidad atribuida en la respectiva partida o acta de nacimiento, y sin embargo, no exista correspondencia entre dicha filiación legal y vivencial, y la filiación real o biológica. Veamos:

Dispone la norma del artículo 210 del Código Civil, lo siguiente:

Artículo 230.- Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento.

Y aun cuando exista conformidad entre las actas de Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta de la que atribuyen las actas del Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos. (Subrayado y negritas nuestros).

174 Respecto a este tema de la maternidad, también se pronuncia la sentencia en comentario, omitiendo pronunciamiento sobre la ilicitud de este tipo de contratos. Siendo que, por el contrario, concluye que “lo importante en todo caso es que en materia de filiación, se otorgue la paternidad y maternidad a quienes hayan manifestado y realmente tenido la voluntad procreacional, es decir, la voluntad y el afecto para tener su descendencia, y no a quienes han prestado un servicio para que esa reproducción asistida tenga éxito”. Con lo cual no sólo se da validez al pacto de “prestación de servicios” de gestación humana, sino que se concede fuerza o validez a dichos contratos, atribuyendo la paternidad y maternidad a los contratantes. Conclusión que criticamos de la manera más abierta, según referimos en el pie de página anterior.

La norma transcrita contempla –por interpretación en contrario– que en los casos en que exista correspondencia entre la paternidad establecida en las actas del Registro Civil (acta de nacimiento, acta de reconocimiento voluntario), es decir entre la filiación legalmente establecida, y la posesión de estado de hijo, no podrá reclamarse una filiación distinta a la que atribuye el acta o partida respectiva. La norma atiende a la necesidad de seguridad jurídica y de estabilidad que debe poseer un aspecto tan importante como la filiación, lo cual además implica una protección de la paz familiar y de la institución misma de la familia. Una vez que se ha establecido la filiación a través de la respectiva acta, disponiéndose la filiación, a través de la presunción de la paternidad matrimonial, o derivada del reconocimiento voluntario efectuado por el padre, o derivada del señalamiento formulado por la madre, tal es la filiación legal de hijo y padre; por lo que, si adicionalmente se ha verificado un trato recíproco entre éstos, frente a la familia y la sociedad, el derecho entiende consolidada y perpetuada (inmutable) aquella filiación legal, reafirmada por la conducta familiar desplegada en el tiempo tanto por el padre como por el hijo. La paz familiar y su estabilidad reclaman tal protección legal.

Sin embargo, la tantas veces mencionada norma del artículo 56 Constitucional, concede a toda persona el derecho de investigar su verdadera filiación biológica, y posiblemente, a su reconocimiento y atribución de las respectivas consecuencias, conforme parece entenderlo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia. Lo cual, hace pensar en la inconstitucionalidad de sostener que con base a esta norma –legal– pueda negarse a una persona la procedencia de demandar la inquisición de una paternidad distinta a la del hombre que aparece como su padre en la partida de nacimiento y que se ha comportado en el tiempo como su verdadero padre. Obviamente podría resultar moralmente censurable la conducta del hijo que pretenda impugnar la paternidad legal y vivencial, empero, tal consideración difícilmente pueda implicar la negación de su derecho a acceder a la verdad biológica y a su verdadera filiación biológica.

Adicionalmente, si se concluye en el derecho constitucional del hijo en acceder a la verdad biológica, no solo para conocerla, sino para inquirir la filiación real (en detrimento de la legal sustentada por la posesión de estado), también debería concluirse en la posibilidad de que el verdadero padre (biológico), pueda en cualquier momento y en todo caso impugnar dicha filiación biológica y pedir que se establezca la sanguínea, en tanto que la

paternidad y el derecho a la identidad¹⁷⁵, también le corresponde por igual como derechos constitucionalmente consagrados y reconocidos.

Al respecto la Profesora Domínguez Guillén, señala:

(...)Esto es, pensamos que en circunstancias normales en que un progenitor matrimonial ha desempeñado su rol de tal con posesión de estado, la presunción de paternidad operará con todo su peso y no podría o al menos no debería ser desvirtuada jurídicamente por alguien distinto al padre, porque tal posibilidad iría contra el sentido de seguridad y paz que el Legislador quiso concederle a la paternidad matrimonial inclusive sobre la verdad biológica.

() Por eso mal podría prosperar una acción de impugnación de la paternidad por parte de un tercero ante un supuesto donde no medie falta o separación del pretendido padre matrimonial y además donde éste detente indudable posesión de estado¹⁷⁶.

De nuestra parte, advertimos que amén de la necesidad de una regulación legal más armónica con los adelantos científicos y el desarrollo constitucional, consideramos que la vigencia de la norma del artículo 210 del Código Civil, puede encontrar sustento en los preceptos del artículo 75 Constitucional, que abogan por la protección de la familia y concede importancia a relevantes aspectos como “la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes”. Valores estos, que precisamente parecen materializarse a través de la convivencia paterno-filial propia de la posesión de estado. Adicionalmente, cuando la misma norma constitucional garantiza la “protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”, más que hacer referencia los progenitores o procreadores, se está refiriendo a quien de facto, lleva las riendas y la responsabilidad del hogar y de la familia. Por ello, consideramos que en el supuesto previsto en la norma del artículo 230CC, es decir, en caso de correspondencia entre las actas del estado civil (filiación legamente establecida) y la posesión de estado de hijo, entre éste y el atribuido padre legal, debería por regla general declararse la improcedencia de declaración

175 Si se comprende como parte del derecho a la identidad, el conocimiento de la ascendencia biológica, no encontramos dificultad en que la averiguación de la descendencia, también quede comprendida dentro de aquél, pues al fin y al cabo, ambos supuestos se corresponden con la conciencia de la verdad histórica del sujeto.

176 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 230-232.

de impugnación de la filiación legal y negarse la posibilidad de exigir una distinta, aunque sea ésta la que corresponda con la biológica.

Al sostener que tal imposibilidad subsiste “por regla general” -y no de manera absoluta-, dejamos abierta la posibilidad de que casuísticamente y dependiendo de las circunstancias especiales de determinadas situaciones familiares, pueda darse primacía a la verdad biológica, cuando el mismo interés familiar así lo reclame. Por ejemplo, en caso de existir una doble posesión de estado, bien simultáneamente o sucedida una después de otra en el tiempo, ó cuando por cualesquiera circunstancias de orden moral o inclusive económico, concurren las voluntades de los interesados, es decir, del hijo y de ambos padres (legal y biológico).

Consideramos pertinente aclarar que a pesar de la redacción de la norma que hace referencia a que no se puede “reclamar” una filiación distinta, no se trata de una norma procesal que implique un presupuesto de admisibilidad de la demanda, sino de una norma sustantiva que hace improcedente el derecho reclamo o la declaración de existencia de una filiación distinta, por lo que se trata de un asunto de fondo que debe resolver en la sentencia definitiva, en la cual deberá excepcionalmente declararse su procedencia cuando las especiales circunstancias del caso lo ameriten, en ponderación de los derechos constitucionales posiblemente enfrentados.

Por supuesto y conforme a la misma norma, aún en casos de correspondencia entre la posesión de estado y la filiación establecida en las actas del registro civil, puede resultar procedente la impugnación de la filiación y la declaración de la verdadera filiación (biológica), “si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos”, esto es, cuando por violencia o de manera fraudulenta o por error, se ha arrebatado el niño a sus progenitores. Al respecto López Herrera, aunque refiriéndose a la maternidad, indica:

Esa situación impide a dicho descendiente, en términos generales, pretender una filiación diferente de la que le atribuyen tales pruebas; y, al propio tiempo, pone al hijo en resguardo de la impugnación que cualquier interesado pretenda hacer respecto de su maternidad resultante de la conformidad de las aludidas probanzas. Tales efectos de la conformidad entre a partida de nacimiento y la posesión de estado de hijo, nos han sido legados por el Código Napoleón (art. 322); aunque la ley los refería tradicionalmente sólo a la filiación materna matrimonial. Em-

pero, la LRPCC de 1982 los extendió a la filiación materna extramatrimonial (ap. del art. 230 CC vigente).

En algunas legislaciones dicha plena prueba en absoluta: nunca puede ser desvirtuada. Entre nosotros sólo es *relativa*, ya que el legislador reconoce dos casos excepcionales en los cuales permite a todo interesado (incluyendo al propio aparente hijo), desvirtuar en juicio la filiación materna (matrimonial o extramatrimonial) que resulta de la conformidad del acta de nacimiento (o el reconocimiento materno) y la posesión de estado: cuando se alega y prueba la *suposición de parto o la sustitución de partos* (parte final de primer pr. Art. 199 CC).

Se trata de acontecimientos que no son muy frecuentes. En la suposición de parto, una mujer que no ha dado a luz, simula haberlo hecho y presenta al funcionario del Registro Civil a un hijo ajeno como si fuese suyo. En la sustitución de partos, dos o mas mujeres han dado a luz sendos niños, pero luego éstos se han confundido -accidental o intencionalmente- en forma tal que aparece como hijo de cada mujer, uno que no es realmente el suyo. La suposición de parto y la sustitución intencional de partos, son delitos penales (art. 403-404 CP).¹⁷⁷

Así, salvo los señalados supuestos de excepción, no prevé la ley la posibilidad de impugnar la paternidad, debiendo entenderse sin embargo, que en determinados supuestos familiares podría o debería flexibilizarse la norma, como se ha dicho, cuando las especiales circunstancias del caso lo ameriten, en ponderación de los derechos constitucionales posiblemente enfrentados.

4.4. Hijo producto de incesto o violación

A fines científicos del presente trabajo y con la idea de incentivar la revisión profusa de la institución y el necesario debate, incorporamos dentro de los casos de posible preeminencia de la filiación legal por sobre la biológica, el conformado por la filiación paterna originada de relaciones incestuosas o en la comisión del delito de violación. Y es que la ilicitud y gravedad del hecho que da lugar a la concepción bajo tales circunstancias, sumado al estigma y carga social que puede generar para el hijo, razonablemente hacen pensar en la negativa a permitir que se disponga o determine legalmente la paternidad biológica, permitiendo y hasta procurando mantener oculta dicha identidad,

177 LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia. Ob. Cit.*, p. 330.

tal y como ha quedado recogido en el mismo artículo 21 LPFMP, al disponer que “[e]n los casos que el embarazo haya sido producto de violación o incesto, debidamente denunciado ante la autoridad competente, la madre podrá negarse a identificar al progenitor, quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre”.

Cabe preguntarse: ¿esto implica un supuesto de exclusión del ejercicio de la patria potestad?, como lo propone Graterón Garrido¹⁷⁸, o más atinente al presente estudio: ¿implica esto una prohibición de identificar al padre del hijo concebido por violación o en el seno de relación incestuosa?

Desde un punto de vista moral, es obvio que resulta repulsivo pensar en la atribución de la paternidad al “violador” de la madre, e igualmente, resulta claro que la identificación del padre cuando éste a la vez es hermano de la madre, o su progenitor, implica circunstancias desagradables que incluso pueden afectar la dignidad y autoestima del hijo. Sin embargo, más que la posible invocación del intereses superior del menor¹⁷⁹, no encontramos ninguna norma jurídica que proscriba la posibilidad de que el padre biológico proceda al reconocimiento del hijo y asuma la paternidad, incluyendo el ejercicio de la patria potestad, que sólo sería privada o suspendida¹⁸⁰ temporalmente en ocasión de la condena penal por el delito cometido, de ser el caso¹⁸¹.

La regla constitucional del artículo 56, obra a favor del establecimiento de la filiación biológica, y la exégesis de la norma del artículo 21 LPFMP, dispone que la madre “podrá negarse a identificar al progenitor”, lo que implica, que si no ejerce esa potestad, alternativamente podrá identificar al

178 GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Ob. Cit.*, p. 199

179 Aquí contrapuesto, con otros derechos y garantías también relativos a ese mismo interés superior, como el derecho a conocer a su padre y a establecer la filiación.

180 “La privación de la patria potestad por sentencia penal, aunque se produce en un pronunciamiento accesorio, produce los mismos efectos que la privación por juicio autónomo, pronunciada con base en algunas de las causales establecidas en la LOPNNA. No obstante, según hemos dicho, somos del criterio que la privación que es consecuencia de la condenatoria penal, es realmente una suspensión de la patria potestad, dado que se extingue sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno, al término de la condena que la ha originado”. WILLS RIVERA, Lourdes. *La Patria potestad en la Lopnna. Estudio Analítico*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2010. p. 651.

181 Conforme a la norma del artículo 23 del Código Penal, la condenatoria a presidio, puede conllevar a la aplicación de la pena accesoria de interdicción civil, que tiene como efectos privar al reo de la patria potestad, lo que implica que operaría tal privación mientras se cumple la condena de presidio, que sólo resulta procedente en los casos de incesto (art. 380 *eiusdem*), y no para los casos de violación que están penados con prisión (arts. 374 y 375 *eiusdem*).

presunto padre como lo dispone la parte general del mismo artículo. Así, indistintamente de las condiciones o circunstancias que dieron lugar al embarazo, conforme a esta normativa constitucional y legal existe la posibilidad de que se establezca la paternidad biológica. De manera que, no existiendo ninguna norma que impida o proscriba la identificación del padre en estos casos, y existiendo por el contrario, una norma que sólo excluye la identificación a discreción y decisión de la madre presentante, pareciere que la única conclusión jurídica posible, es que puede establecerse tal paternidad aún en los supuestos de que el hijo sea producto de una violación o incesto, lo cual además, podría encontrar refuerzo en las vetustas normas del código penal, que prevén que los hijos productos de estos actos, “gozará[n] de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos legítimos”, disponiendo adicionalmente la obligación alimentaria en su favor¹⁸².

En todo caso, como expresamos al principio de este punto, el presente planteamiento, tiene por finalidad incentivar la revisión, estudio y debate sobre la institución, sin pretender agotar el tema ni establecer tajantes conclusiones.

182 **Artículo 393 Código Penal:** El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos 374, 375, 376, 378, 387, 388 y 389 quedará exento de pena si antes de la condenación contrae matrimonio con la persona ofendida, y el juicio cesará de todo punto en todo lo que se relacione con la penalidad correspondiente a estos hechos punibles.

Si el matrimonio se efectúa después de la condenación, cesarán entonces la ejecución de las penas y sus consecuencias penales.

Los reos de seducción, violación o raptó serán condenados, por vía de indemnización civil, si no se efectuare el matrimonio, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta.

Parágrafo Único: En la misma sentencia se declarará que la prole gozará de los mismos derechos que la ley civil acuerda a los hijos legítimos, si el estado de los padres lo permitiere y en todo caso se condenará al culpable a mantener dicha prole. (Subrayado nuestro).

CAPÍTULO IV

ALGUNOS ASPECTOS ADJETIVOS RELEVANTES EN LOS PROCESOS FILIATORIOS

Sin pretender extendernos en los múltiples aspectos procesales que pueden presentarse en los procesos judiciales relativos a la filiación, donde dependiendo de la mayoría de edad o minoridad del hijo, puede haber lugar a que los respectivos procesos se verifiquen en Tribunales de diferentes competencias (civiles ordinarios o Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes) y a través de disímiles procedimientos (procedimiento civil ordinario o procedimiento previsto en la LOPNNA); pasamos a revisar algunos aspectos adjetivos resaltantes de estos juicios, y en especial, los que pueden verse afectados por la existencia de las modernas pruebas científicas y por la novel normativa constitucional y legal que venimos analizando.

1. Respeto de la caducidad para el ejercicio de la impugnación de la paternidad matrimonial

La caducidad de la acción implica la preclusión de la oportunidad legal para presentar válidamente una determinada pretensión ante el órgano jurisdiccional, de manera que el derecho de acción para esa determinada pretensión no puede ser satisfecho por el órgano judicial, impidiendo o limitando la función jurisdiccional de pronunciar una decisión sobre la procedencia (sustancial) o no de la pretensión deducida¹⁸³, es decir, sobre el fondo de la controversia. De allí que en tales supuestos, resulte innecesaria la verificación del proceso, e incluso la realización de la actividad contradictoria y proba-

183 De lo expuesto, es fácil advertir que en realidad debería hablarse de caducidad de la “pretensión”, pues lo que la ley limita no es la acción, en tanto que derecho abstracto y de rango constitucional no es susceptible de tal limitación. Siempre, desde que se pronuncia el tribunal sobre la admisión o negativa de admisión de la demanda, de alguna manera ya satisface el derecho de acción, de modo que lo que se limita realmente es la potestad y el deber jurisdiccional de tramitar y decidir sobre la pretensión deducida, por la expiración del tiempo útil previsto por la ley para ejercitar tal pretensión ante el órgano jurisdiccional. No obstante esta aclaratoria, es de común y legislativo uso la expresión “caducidad de la acción”, por lo que la utilizamos, dejando a salvo la aclaratoria conceptual formulada.

toria respecto del fondo del asunto, pues la prueba de la tempestividad de la “acción” (demanda) se limita a la presentación oportuna de ésta ante el órgano jurisdiccional dentro del lapso -de caducidad- previsto por la ley. Así, podemos entender la caducidad, o mejor dicho la presentación oportuna de la demanda (antes de que se consume la caducidad) como un presupuesto procesal, y que como tal, puede ser opuesto y declarado *in limini litis*, y aún de oficio por parte del juez.

Refiriéndonos exclusivamente a la caducidad judicial (de pretensiones judiciales), encontramos que la ley prevé que para el ejercicio de determinadas acciones concretas (pretensiones)¹⁸⁴, la parte ó sujeto de derecho en cuestión cuenta con un tiempo determinado a los fines de su proposición ante el órgano jurisdiccional a través de la respectiva demanda, y que vencido dicho plazo, ya no podrá proponerse esa pretensión por haber caducado la oportunidad legal para ello. Plazo o término de caducidad que no se prevé para todo tipo de pretensiones, sino exclusivamente para aquellas que la ley expresamente determina, y que tampoco se corresponde con los plazos de prescripción extintiva que la ley prevé para determinadas obligaciones de carácter sustantivo, siendo que más bien se trata de un plazo de índole procesal, creado para el ejercicio oportuno de determinado tipo de pretensiones, generalmente de naturaleza “constitutiva”, cuya característica principal es que no están vinculadas a un derecho de crédito, sino más bien concebidas como aquellas cuyo objeto jurídico es constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, vale decir, que están dirigidas a obtener un cambio sobre la situación jurídica existente¹⁸⁵.

184 Como se ha dicho, la acción como derecho abstracto y de rango constitucional no está sometida a limitaciones o restricciones de orden temporal, y por ello más bien debería hablarse de “caducidad de la pretensión”, pues en realidad lo que está sometido a plazo, es la presentación de una pretensión concreta ante el órgano jurisdiccional y la posibilidad de que éste juzgue sobre la misma. No obstante, la propia ley, la doctrina y la jurisprudencia continúan utilizando la indicada terminología de “caducidad de la acción”, y de allí su utilización en el presente trabajo, sin desmedro, de que en nuestra opinión, lo que caducan son determinadas pretensiones “en concreto”.

185 Conocemos la dificultad para clasificar determinadas pretensiones como de una u otra categoría (declarativa, constitutiva o de condena), siendo esta tarea probablemente más ardua en lo atinente a las pretensiones constitutivas, en especial en lo relacionado con aquellas de tipo resolutorio (nulidad relativas, rescisión por lesión y resolución por incumplimiento de contrato), casos en los cuales nos inclinamos junto a buena parte de la doctrina procesal (Calamandrei, Chiovenda, Cuenca) a considerarlas como “Constitutivas”, por cuanto las mismas tienden a modificar una situación anterior que se considera como válida.

En estas pretensiones de naturaleza constitutiva, juegan un papel fundamental los llamados “derechos potestativos”, definidos por Chiovenda¹⁸⁶ como “el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia judicial”, destacando dos subtipos de estos derechos: “Hay derechos potestativos en los cuales el nuevo estado jurídico se produce en virtud de una simple declaración de voluntad del titular y otros en los cuales el cambio prodúcese únicamente cuando el derecho potestativo fue declarado por el juez” (Subrayado nuestro)¹⁸⁷. Tales son los derechos que se hacen valer cuando se ejerce una pretensión de desconocimiento o impugnación de paternidad legal, conforme a la cual se pretende cambiar la situación jurídica existente, constituida por la filiación declarada legalmente hasta el momento, lo que implicará al ser declarada con lugar la demanda, un cambio de la situación jurídica filiatoria tanto del padre legal como del hijo.

Para mejor comprensión, debe precisarse que por tratarse un derecho potestativo, su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la parte interesada, sin que la falta de tal ejercicio se pueda entender como una renuncia a algún derecho, pues precisamente el derecho estriba en poder ejercitarlo o no, a potestad de la parte, vale decir, es facultad del interesado obrar o no la pretensión, en tanto su no ejercicio, no implica la renuncia a otros derechos y por el contrario podría dar lugar a la consolidación de la filiación legal existente (indistintamente que ésta sea distinta de la filiación biológica).

Como se ha dicho, en la mayoría de los casos en los cuales la ley prevé un lapso de caducidad, se refiere al establecimiento de un plazo para que las partes ejerzan una pretensión de tipo “constitutivo” ante los órganos jurisdiccionales.

186 CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 6. México: Distribuidora Haral, S.A., 1998, pp. 228-229.

187 En relación a los derechos potestativos, el profesor Melich Orsini nos enseña: “se les caracteriza como poderes en virtud de los cuales el titular de tales derechos potestativos puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes cambiándolas, extinguiéndolas o creando una nueva situación jurídica mediante su propia actividad unilateral (acto real, negocio jurídico, instancia judicial o recurso administrativo), y que presentarían la peculiaridad de que aquella persona frente a la cual se hace uso de las tales derechos potestativos no pueden sustraerse a la nueva situación generada, sino que se hallarían en situación de mera sujeción. Algunos de estos derechos potestativos deben ejercerse mediante demanda judicial, tales como las impugnaciones de la eficacia de algún negocio (anulación, rescisión, resolución), la revocación de una donación, la constitución de una servidumbre coactiva, el rescate del fundo enfiteútico, la separación de los bienes del difunto de aquellos del heredero, etc. Se habla entonces de acciones y de sentencias constitutivas”. MELICH ORSINI, José. *La Prescripción Extintiva y la Caducidad*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 35 - 36.

les, generalmente derivada de un derecho potestativo concedido por la ley a algún sujeto, para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, que en nuestra materia de estudio, se constituye por las pretensiones relativas a la declaración de la inexistencia de la filiación legalmente establecida.

En relación al lapso de caducidad para interponer la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial, el artículo 206 del Código Civil dispone: *[l]a 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.* Con lo cual se prevé un brevísimo lapso de caducidad para que el marido desconozca la paternidad establecida respecto del hijo de su esposa, conforme a la presunción prevista en el artículo 201 *eiusdem*. Es fácil intuir que se concede especial protección a la referida presunción, limitando la posibilidad de impugnación a este breve lapso, lo que trae como consecuencia que a falta de la rápida y tempestiva impugnación judicial por parte del marido, la presunción de paternidad pasará velozmente a convertirse de *iuris tantum* a *iuris et de iure*¹⁸⁸. Consideramos que la existencia misma de tal lapso de caducidad, además de su establecimiento para los casos de impugnación de la paternidad matrimonial y no para los casos de paternidad extramatrimonial¹⁸⁹, ameritan su revisión y análisis:

1.1. Necesidad de igual tratamiento en los procesos de desconocimiento o impugnación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial

Sosteniéndose la igualdad de filiación y la eliminación o prohibición de discriminación entre los hijos habidos de uniones matrimoniales y los na-

188 “De allí que una vez que caduca para el presunto progenitor el lapso legal para intentarla, se pierde fatalmente la oportunidad de hacerla valer. Así pues, en principio en condiciones normales, mal podría el presunto progenitor pretender desconocer a destiempo la paternidad matrimonial que le impone la ley. El orden jurídico colocó por encima de la verdad biológica una presunción cónsona con la paz familiar”. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., pp. 228-229.

189 Véase: Sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 31-5-10, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/528-31-1476-10-56-10.html> “la acción de Impugnación del Reconocimiento es una acción totalmente distinta a la acción de desconocimiento de paternidad como erradamente la calificó la apoderada judicial de la parte actora, tanto en el libelo de la demanda como en el acto de formalización del recurso de apelación y, aún más como erradamente la calificó el Juez de causa, ya que si bien es cierto ambas acciones son acciones de filiación, la Acción de Impugnación de Reconocimiento no está sometida a plazo de caducidad como si lo está la acción de Desconocimiento de Paternidad al disponer el artículo 206 del Código Civil”.

cidos de uniones no matrimoniales, resulta hoy inaceptable la disparidad de tratamiento procesal de la impugnación que se haga de un reconocimiento y el desconocimiento de paternidad que haga el marido del hijo nacido de su esposa. En ambos supuestos, se persigue la misma pretensión procesal y el mismo efecto sustantivo, la declaración de inexistencia de un falso vínculo filial legalmente establecido. En tal sentido, consideramos la desaplicación o reinterpretación del artículo 206 del Código Civil, por contradecir el texto constitucional, en tanto la referida norma dispone un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento del hijo matrimonial, a diferencia de la acción de impugnación del reconocimiento prevista en el artículo 221 *eiusdem*, que no prevé tal lapso de caducidad y en consecuencia permite que el reconocimiento del hijo (y la filiación que de él deriva) se impugne en cualquier momento. Cabe preguntarse: ¿Por qué se protege más la firmeza de la paternidad matrimonial, que la no matrimonial?; ¿si lo que se persigue en la mayoría de los casos es la verdad biológica, por qué el padre reconocedor si puede acceder a ésta en todo momento para impugnar su propio reconocimiento, y en cambio, el padre presunto por efecto del matrimonio, sólo puede hacerlo en un brevísimo y perentorio lapso?.

Tal diferencia entre una y otra forma de impugnación de la paternidad legal, ostensiblemente contradice el derecho de igualdad ante la ley, así como el principio de igualdad de filiación, previstos en las normas de los artículos 21 y 56 Constitucionales, en consecuencia, o debe eliminarse el lapso de caducidad aludido, o aplicarse a todas las acciones de impugnación de la paternidad instauradas por el padre o sus herederos. Obviamente la solución más jurídica sería la primera, es decir, eliminar el lapso de caducidad; por una parte, por que entendiéndose la caducidad como una limitante o condicionante del derecho de acción, su establecimiento sólo corresponde a la ley y mal podría imponerse a otras pretensiones distintas a las expresamente dispuestas, menos aún, por vía de interpretación; por otra parte, el derecho al conocimiento de la filiación biológica ostenta carácter constitucional, por lo que la limitación o fenecimiento de tal derecho por instituto de la caducidad, bien puede considerarse violatorio de esta garantía.

Advertimos que el Tribunal Constitucional Español, al referirse a normas del Código Civil de ese país que contemplan diferentes formas o modos de contar la caducidad de la acción de impugnación, descartó similares argumentos a los aquí expuestos, sosteniendo que por tratarse de supuestos diferentes (filiación matrimonial y extramatrimonial), podían recibir distinta

regulación sin que ello implique violación del derecho constitucional a la igualdad¹⁹⁰. En la referida decisión sin embargo, puede apreciarse que lo que se distinguió fue el origen de la filiación, que de suyo también es inconstitucional en aquél país, y no se consideró la igualdad en cuanto a lo pretendido y el fin último de la acción, que no es otra cosa, que la impugnación de la paternidad legalmente atribuida por no corresponder con la biológica.

1.2. El lapso de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial debe suprimirse o, en su defecto, contarse a partir de que el padre legal tenga conocimiento de no ser el padre biológico

Según hemos expresado la norma del artículo 206 del Código Civil, bien podría ser declarada inconstitucional por disponer un tratamiento diferenciado entre la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y de la extramatrimonial, lo cual podría conllevar a su desaplicación, o por el contrario, su extensión y aplicación a todas las acciones de impugnación y desconocimiento¹⁹¹. Añadidamente, consideramos que la norma en comentario debe interpretarse de forma cónsona con los preceptos constitucionales de, igualdad de filiación, derecho a la tutela judicial efectiva y a la investigación de la filiación biológica. En tal sentido, consideramos:

Una interpretación gramatical de la referida norma puede conllevar a la restricción del derecho de acción y a la tutela judicial efectiva del padre impugnante, pues limitaría su acción (extinguiéndola), tan pronto transcurra el breve lapso de seis (6) meses contados desde el nacimiento del hijo matrimonial, o contados desde que el padre descubra el fraude constituido por el ocultamiento del nacimiento¹⁹². La norma parece presuponer que el marido

190 En definitiva, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art. 136 CC descansa sobre presupuestos diferentes que las acciones de impugnación contempladas en los arts. 138 y 141 CC, lo que justifica que el legislador haya establecido un diferente dies a quo para el cómputo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad en atención a las distintas formas de determinación de la filiación, sin que tal diferenciación normativa pueda reputarse como arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento conforme a lo expuesto. Sent No. 138/2005, del 26 de mayo de 2005. Consultado en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2005/STC2005-138.html>, en fecha 2 de mayo 2009.

191 Tratándose de una norma limitante del derecho de acción, consideramos que la misma no puede ser extendida por analogía.

192 Es común considerar o entender que el fraude al que se refiere la norma, es el, adulterio de la esposa, pero tal interpretación es errada, pues claramente la norma hace referencia al ocultamiento del nacimiento.

estaría en conocimiento de que el hijo no es suyo, desde el momento mismo del nacimiento, lo cual solo podría ocurrir razonablemente cuando no haya tenido contacto alguno con la mujer durante el período de la concepción, o en caso de impotencia *generandi* conocida antes del nacimiento. En tal sentido, se cuenta el lapso de caducidad desde dicho nacimiento, o desde el momento en que el padre tenga conocimiento de dicho nacimiento, lo que podría ocurrir, en caso de que la esposa se separe del marido y el nacimiento del hijo le haya sido ocultado a aquél¹⁹³.

Así, el exigir que la demanda impugnatoria se presente dentro de los seis (6) meses contados a partir del nacimiento o desde que el marido conoce de dicho nacimiento (caso que éste se le haya ocultado), tal interpretación puede resultar violatoria de los señalados derechos y garantías constitucionales, pues mal puede imponerse la sanción de extinguirse el derecho a impugnar judicialmente la paternidad, contando el lapso útil para ello desde el momento del nacimiento, sin tomar en consideración, que el hecho que en realidad podría dar lugar a la pretensión y al respectivo interés jurídico procesal, sería *el descubrimiento por parte del padre legal en cuanto a que no es efectivamente el progenitor del hijo que se le atribuye*. Es a partir de tal hecho jurídico, que el marido y presunto padre, tendría interés procesal y consecuentemente legitimación para afirmarse titular del derecho de que se declare la falsedad de la filiación atribuida legalmente por vía de presunción, siendo también, a partir de ese momento que puede exigírsele razonablemente, la debida diligencia para la presentación de la demanda respectiva, so pena de extinción de dicha acción, en caso de que no la inicie en el perentorio lapso de caducidad¹⁹⁴.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional español, en la misma sentencia antes referida, declaró la inconstitucional y reinterpretación de norma análoga a la del código civil venezolano en comentario. Señalando en extenso:

193 De forma sensata, en este segundo supuesto, la norma contempla que el lapso de caducidad se contará desde el momento en que el marido sepa o conozca que la esposa ha tenido un hijo, que por ley se considera como suyo, pues el marido no conoce de dicho nacimiento, mal podría exigírsele que impugne la paternidad que se le atribuye.

194 Cabe agregar que, producida la caducidad, decae la tutela jurisdiccional y el proceso debe extinguirse. La caducidad, como fenómeno procesal, sólo se interrumpe por la presentación oportuna de la pretensión, de ninguna otra manera; la caducidad se produce inexorablemente por el transcurso del tiempo fijado legalmente y nunca se suspende. Por razón de su naturaleza procesal es de derecho público y además de orden público y, por lo tanto, de oficiosa comprobación y declaración por el Juez. (SCS-TSJ. Sent. 019 de fecha 20 de enero de 2004).

Igualmente, tampoco merece reproche desde la perspectiva constitucional que se incorpore como excepción la previsión de que el mencionado plazo no comenzará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo. Lo que se cuestiona es que el legislador no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. Es aquí donde el precepto resulta contrario a la Constitución, en lo que tiene de norma excluyente. El enunciado legal, al referirse tan sólo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión a contrario de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal. Pues bien, esa exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. Esta exclusión resulta tanto menos justificada cuanto el conocimiento de ambos datos -el nacimiento del hijo inscrito y que no se es progenitor biológico- son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera sustanciación de la pretensión impugnatoria ya que en materia de acciones de filiación nuestro ordenamiento prevé que “en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde” (art. 767.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y, anteriormente, el derogado art. 127 CC). La imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que sólo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro Civil con la realidad biológica, aboca al principio *actiones nondum natae nondum praescribuntur* (art. 1969 CC).

Es cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él. Pero en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es un derecho de configuración legal, un derecho de

prestación que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador establece, el cual goza de un amplio margen de libertad en la definición y determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción para la defensa de derechos e intereses legítimos. En esta regulación el legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, pero sólo serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. En principio, pues, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, y asimismo por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o de los recursos legalmente establecidos (SSTC 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3, y 73/1996, de 30 de abril, FJ 4).

En el presente caso el art. 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum (ATC 276/1996, de 2 de octubre, FJ 4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.(Subrayado nuestro)

Tales consideraciones del Tribunal Constitucional español, en nuestro criterio resultan perfectamente aplicables conforme al ordenamiento constitucional y legal venezolano, por lo que entendemos que en caso de mantenerse el referido lapso de caducidad, debe computarse desde el momento en que el esposo -presunto padre-, ha tenido, o debió razona-

blemente tener, conocimiento o certeza de que el hijo nacido de su esposa no ha sido procreado con su intervención, vale decir, que su paternidad biológica corresponde a otro hombre (indistintamente que se conozca o no la identificación del padre biológico).

1.3. La Caducidad de la acción y el interés superior del niño

Otro aspecto relacionado con el establecimiento de este lapso de caducidad para la acción de desconocimiento, es verificar si tal extinción de la posibilidad jurisdiccional de declarar la falsedad de la filiación legal (no correspondiente a la biológica), resulta favorecedora, o por el contrario, violatoria del principio de “*interés superior del niño*”¹⁹⁵. En tal sentido, encontramos sendas decisiones judiciales que curiosamente invocan el mismo referido principio, pero una para aplicar, y otra, para desaplicar el lapso de caducidad. Veamos:

De sentencia de fecha 29 de octubre de 2002, la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional (CSTPNAAMCNAI)¹⁹⁶, se puede apreciar:

La parte actora (impugnante de la paternidad) alegó:

() Ciudadano Juez, es evidente que en el caso de marras el lapso de caducidad, ha debido comenzar a correr a partir del día 17 de diciembre de 2001, fecha en la cual tuve certeza de que el niño no era mi hijo, dado que antes de esa oportunidad y en virtud de la conducta fraudulenta de la ciudadana no se tenía fundamento que sirviera de base para intentar un procedimiento de impugnación de paternidad.

195 () “consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de éstos, constituyéndose en vínculo normativo para estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños”.

“a la discrecionalidad por cuanto obliga a que en cualquier medida que se tome respecto de los niños, se adopten sólo aquellas que protejan sus derechos y no las que los conculquen”.

“En tal análisis podemos definir el interés superior del niño como el principio-derecho que tienen todos los niños y niñas a que en la toma de decisiones se prevea primordialmente el respeto y cumplimiento de sus derechos y garantías”. BUAIZ VALERA, Yuri Emilio. *La aplicación garantista del interés superior del Niño*. En: Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Reforma de la LOPNNA. 1º Edición. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2009, pp. 21-22.

196 Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Octubre 2002, pp. 35-38

De su parte la Corte Superior sentenció:

“Del estudio de las actas se evidencia que el niño nació en fecha cuatro (4) de noviembre del 2000, el examen de (sic) Heredobiológico realizado en el Instituto de Investigación Científico (sic) fue en fecha 17 de diciembre del 2001 y la solicitud de desconocimiento se hizo en fecha 24 de mayo del 2001, de lo cual se evidencia que dicha acción, en aplicación del artículo 206 del Código Civil, ya había caducado, sin embargo, al ser el derecho del niño de conocer a su ‘verdadero padre’ materia constitucional y de estricto orden público, se considera procedente desaplicar dicha norma, a fin de que en la sustanciación de la controversia se determine la verdad sobre la paternidad del niño en autos”. (Subrayado nuestro).

Por el contrario, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁷, concluyó:

Como principio general de derecho, la caducidad, al ser consagrada expresamente en la legislación, no puede ser derogada, ni modificados los términos perentorios que la hacen aplicable, sino a través de normas explícitas. Ni la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, derogan disposiciones legales que establecen la caducidad. Esta última, en su artículo 584 dispone sobre las *Derogatorias* y al referirse al Código Civil no incluye el artículo 206, por la razón fundamental de que esa previsión de caducidad es, precisamente en interés del hijo, como siempre ha sido sostenido por la jurisprudencia y por la doctrina. El hijo adquiere, en virtud de la presunción consagrada en el artículo 201 del Código Civil, la certeza de su paternidad como hijo nacido dentro de un matrimonio, con los efectos que de ello deriva. El temor o expectativa de que tal condición desaparezca no debe durar más tiempo que el establecido por la ley. En consecuencia, la acción de desconocimiento de la paternidad, podrá ser ejercida por el padre, o después de su muerte por sus herederos, sólo dentro del tiempo perentorio que la ley dispone para su admisibilidad, con sanción de caducidad. Como bien señala la sentencia recurrida, la acción de desconocimiento no está establecida en la ley en beneficio del hijo, sino del padre; por tanto no puede invocarse el “*interés superior del hijo*” cuando se

197 SCS-TSJ, Sent. N° 019 del 20-01-04.

trata de desconocer un límite en el tiempo para que esta acción, en perjuicio del hijo, sea intentada.

Puede, igualmente, señalarse que lo que se pretende en la demanda de denegación de paternidad es que el hijo sea privado de estatus filiatorio derivado del hecho de haber nacido dentro del matrimonio de sus padres. No es el caso de que el hijo pretenda que sea establecida otra paternidad, o que un supuesto padre biológico esté reclamando el reconocimiento judicial de dicha paternidad. (Subrayado nuestro).

Como se observa, en ambas decisiones se invoca el interés superior del niño para arribar a conclusiones diametralmente opuestas. La Corte Superior -acertadamente en nuestro criterio- señaló que ese interés superior está representado por el establecimiento de la verdad biológica respecto de su filiación, con lo cual se aproxima o apega al mandato constitucional tantas veces referido; por el contrario, la Sala Social del TSJ dio preeminencia al mantenimiento de la filiación paterna matrimonial, aún cuando esta no coincida con la biológica y el padre legal desee impugnarla. Nos preguntamos: ¿será conveniente para el interés del niño, el sostenimiento de una paternidad irreal, que seguramente implicará el rechazo y desconocimiento fáctico por parte del padre legal y sus familiares? ¿Pueden forzarse los naturales deberes de cuidado, educación y crianza a quien se sabe no es el padre del niño, y quien además ha manifestado su rechazo y voluntad de desvincularse? Consideramos que uno de los cambios de criterios a que debe accederse con motivo de la nueva regulación constitucional y legal, está constituido por la posibilidad de que el padre legal pueda impugnar su filiación en cualquier momento, o cuando menos, a los fines de la seguridad jurídica, contando el lapso de caducidad en la forma propuesta en el punto anterior.

...y no sé realmente qué es peor: si negarle al hijo el padre que es y no lo quiere; o darle al hijo un padre que ni es tal ni lo quiere como tal¹⁹⁸.

Para concluir este punto, destacamos que la misma sentencia de la Sala de Casación Social, da apertura a posibilidades de impugnación, en las cuales se prescinde de la institución de la caducidad, específicamente en los casos “de que el hijo pretenda que sea establecida otra paternidad, o que

198 DI LELLA, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 70.

un supuesto padre biológico esté reclamando el reconocimiento judicial de dicha paternidad”, situaciones en las que no aplicaría el lapso perentorio, y en contra, sólo parece resultar oponible –como cuestión de fondo- la existencia de posesión de estado.

2. La prueba heredobiológica en los juicios de inquisición o impugnación de la paternidad

En la reforma del Código Civil de 1982 se instituyó la investigación de la filiación biológica, disponiendo la norma del artículo 210 que *[a] falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredobiológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.* Con lo cual, se ajustaba el derecho a los avances ya desarrollados para esa época por la ciencia en materia de determinación de la paternidad a través de las pruebas de ADN y otras similares. Sin embargo, de esta misma norma y su conjunción al principio de primacía de la verdad biológica, surgen sendos cuestionamientos: el primero, derivado de la circunstancia de que el mismo artículo en comentario, dispone que queda *establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo*, dando notoria preponderancia a la realidad familiar sobre la biológica; y en segundo lugar, la circunstancia de que se permite al demandado como padre, negarse a la práctica de la prueba científica, dando a tal negativa el valor de presunción en su contra, aún cuando ello conlleve a establecer la paternidad recurriendo nuevamente al sistema presuntivo, sin que se acceda efectivamente a la “verdad biológica”, que es lo precisamente garantizado por el texto constitucional. En orden a estas cuestiones, consideramos:

2.1. Prueba biológica vs. posesión de estado

Ya hemos referido que el supuesto previsto en la norma del artículo 230 CC, es decir, en caso de correspondencia entre las actas del estado civil (filiación legamente establecida) y la posesión de estado de hijo entre éste y el atribuido padre legal, debería por regla general declararse la improcedencia de declaración de impugnación de la filiación legal y negarse la posibilidad de exigir una distinta, aunque sea ésta la que corresponda con la biológica. Esto es, debe darse protección a la paz y la verdad familiar, y permitirse la

consolidación de la filiación legal, reafirmada por el trato recíproco entre padre e hijo. En este mismo sentido, atendiendo a esa verdad familiar, el legislador de 1982, permite la inquisición y establecimiento judicial de la paternidad en aquellos casos en que se pruebe por el hijo la existencia de la posesión de estado. Coincide la doctrina en cuanto a que: “de probarse la ‘posesión de estado’, queda automáticamente establecida la paternidad o la filiación en general, sin que la misma pueda ser desvirtuada por experticias científicas, por parte de quien se ha comportado ineludiblemente como progenitor. Se trata de un caso donde la verdad biológica cede por imperativo de ley y el sentido fáctico de la posesión de estado.”¹⁹⁹ Es decir, que la regla general del artículo 210CC²⁰⁰, conlleva a que el hijo que demanda la inquisición de la paternidad, puede limitarse a alegar y probar la existencia de la posesión de estado de hijo respecto del padre accionado, y demostrada dicha posesión de estado, puede y debe el juez declarar la existencia de la filiación pretendida judicialmente.

No obstante, la Sala de casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ya desde el año 2000, viene señalando la necesidad de evacuación de las pruebas científicas en los juicios sobre filiación:

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 éstos juicios, que por cierto no está limitada exclusivamente a la prueba sanguínea que tradicionalmente se realiza

199 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 240.

200 **Artículo 210 CC.**- “A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredobiológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.

Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante, el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda”. (Negritas y subrayado nuestro).

en estos casos, la cual, como se desprende de la información suministrada por el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, arroja como resultado una presunción de gran valor al establecer el porcentaje de posibilidad de paternidad del demandado, pero existiendo también en la actualidad la prueba del ADN, con mayor grado de certitud²⁰¹.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala de Casación Social, entre otras, en sentencia No. 2169 del 30 de octubre de 2007. Aún con mayor contundencia, la Sala Constitucional, en ya citada decisión del 14 de agosto de 2008, sentenció:

Así pues, resultaría incomprensible admitir que el derecho ante el desarrollo científico actual que permite conocer en un alto grado de certeza la identidad genética de dos individuos, tal avance científico no se corresponda inversamente proporcional al desarrollo en forma directa del derecho, y que éste en definitiva involucre hacia un positivismo desacerbado, a partir del cual se niegue a determinados individuos, la calidad de personas y su verdadera identidad biológica. ()

En otro orden de ideas, aprecia esta Sala que siempre y cuando exista una dualidad de identidades, es decir una contradicción entre la identidad biológica y la legal y, sea posible el conocimiento cierto de la identidad biológica de los ascendientes, ésta debe prevalecer sobre la identidad legal, por cuanto es aquella la que le otorga identidad genética y del conocimiento del ser al hijo respecto a sus ascendientes biológicos. (Negritas y subrayado nuestro)²⁰².

Es así como la jurisprudencia del máximo tribunal es consistente en dar preponderancia a la verdad biológica y la evacuación en *todos los casos* de la pruebas heredobiológicas, lo cual entra en franco conflicto con la norma del artículo 210 CC y la interpretación verificada por la doctrina nacional. De nuestra parte, consideramos que el hijo que ha gozado permanente de la posesión de estado, ha consolidado una situación familiar de hecho, que debe ser reconocida por el derecho, y si bien los estados filiatorios no son susceptibles de ser adquiridos por prescripción adquisitiva, no puede apartarse el derecho de las realidades sociales y familiares.

201 SCS-TSJ: Sent. N° 157, de fecha primero (1°) de junio de 2000.

202 SC-TSJ. Sent. N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008.

Si el hijo que inquiera la paternidad, se limita a alegar en su demanda que ha gozado de la posesión de estado y prueba lo conducente²⁰³; bien podría negarse a la realización de la prueba biológica, en tanto aquella en virtud de la norma del artículo 210 CC puede resultar procesalmente “impertinente”. Ahora bien, si por iniciativa del demandado o del juez se evacua la referida prueba dentro del proceso y ésta determina la exclusión de la paternidad pretendida, consideramos que no quedará otra alternativa al juez, que declarar sin lugar la pretensión inquisitiva, aún en desacato o desaplicación de la referida norma legal.

Es claro que este es otro de los múltiples aspectos que obligan a la revisión concienzuda y la interpretación sistemática de las normas en comentarios.

2.2. Obligatoria aplicación de la prueba biológica en los juicios filiatorios.

¿Aplicación *manu militari*?

La comentada norma del artículo 210 CC, dispone que en el juicio de inquisición de paternidad, la negativa del demandado (pretendido padre) a someterse a las pruebas herodobiológicas, “*se considerará como una presunción en su contra*”. La norma en referencia guarda relación con la del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil que dispone al efecto:

Artículo 505.- Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.

Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

203 “...el establecimiento automático de la paternidad inclusive contra la verdad biológica tiene lugar -a nuestro criterio- sólo en el caso de ‘posesión de estado’ por constituir una situación fáctica proyectada en el tiempo con el beneplácito reiterado del presunto progenitor”. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit., p. 240.

Con lo cual la negativa injustificada del demandado de colaborar con la evacuación de la prueba, puede permitir al juez determinar la filiación pretendida, en nuestro criterio, sin que deba exigirse la concurrencia de otras circunstancias, pues a diferencia de otras legislaciones, tal negativa, no constituye un indicio²⁰⁴, si no, que se traduce en una presunción, que consecuentemente desplaza la carga probatoria²⁰⁵.

No obstante lo expuesto, en virtud del carácter constitucional del derecho a la averiguación de la verdadera identidad biológica, y en interpretación de la norma del artículo 31 de la LPFMP, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico vigente, resulta posible que a través de orden judicial y en el contexto de un proceso jurisdiccional relativo a la filiación, se verifique coactivamente la práctica forzosa de una prueba científica de este tipo, ante la negativa o contumacia del demandado (pretendido padre). En tal sentido, resaltamos que la sentencia que disponga la existencia de la filiación basada en la negativa del demandado de practicarse la prueba, satisfaría –quizás– el derecho de que se establezca una filiación, empero, jamás daría satisfacción al derecho de conocer la “verdad” biológica sobre aquella filiación²⁰⁶.

Ahora bien, conocemos que *[t]anto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la aplicación de pruebas biogenéticas, se ha argumentado que su uso ocasionaría la afectación de derechos fundamentales como la libertad (personal o religiosa) o autodeterminación, la objeción de conciencia, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, a no declarar contra sí mismo y hasta la pri-*

204 A pesar de que tanto el Código Civil, como el Código adjetivo, le conceden a la negativa de practicarse la prueba, el carácter de “presunción”, extraña y posiblemente de forma inadvertida la LPFMP, en su artículo 28 la cataloga de “indicio”. Lo que obviamente, de aplicarse literalmente, constituiría un notorio retroceso.

205 Recuérdese que en materia indiciaria se requiere de un conjunto de indicios, es decir, un solo indicio no hace prueba, en tanto que una presunción hace suponer la existencia del hecho, salvo prueba en contrario.

206 “Es de ocasión asumir el criterio de Grosman y Arianna, quienes alegan respecto del significado de la obligatoriedad de los bioexámenes, que extraer de la negativa una presunción que son ciertas las afirmaciones de la contraparte, si bien permiten la declaración filial, ésta adolece de una deficiencia ética, ya que se está reemplazando la posibilidad de obtener un alto grado de probabilidad de paternidad, por una presunción de paternidad nacida de un acto de inconducta procesal. Con esto se está sustituyendo el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento ficto. Por otro lado, es de reconocer, y así valorar los efectos, que desde la posición del demandado, es menos comprometedor perder un juicio como resultado de una ficción que como consecuencia de la comprobación de una verdad negada. De esa manera se deja latente la duda”. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. Cit.*, p. 206.

*macía de la presunción de inocencia frente a la inspectio corporis y el derecho a la tutela judicial efectiva, a lo que puede oponerse primeramente, que nadie puede ampararse en la ley ni refugiarse en sus derechos para negarse a rendir una prueba, máxime si está de por medio un interés digno y un derecho superior como es el de la identidad de un menor*²⁰⁷ o la de cualquier persona, en tanto que fiel establecimiento de esa identidad, también es un derecho constitucional.

La principal traba para permitir en nuestro país la aplicación obligatoria de las pruebas, sería la disposición del artículo 46 de la Constitución Nacional, que dispone:

Artículo 46.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.
4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

De la redacción de la norma constitucional si bien se desprende el respeto y garantía de este derecho de la personalidad, manifestado entre otros aspectos, en la protección contra exámenes médicos o de laboratorio no consentidos por la persona; no cabe dudas, que tal derecho no es absoluto, siendo que el constituyente dejó en manos del legislador su regulación, en especial para su recta ponderación con otros intereses individuales (la vida del mismo sujeto) o colectivos (tutela de salud pública), como ocurre con la posibilidad de uso de la fuerza pública para aplicar las inmunizaciones

207 *Ibidem*, p. 248.

previstas en el artículo 23²⁰⁸ de Ley de Inmunización²⁰⁹, o en el caso de donación forzosa de sangre, previsto en el artículo 11 de la Ley de Transfusión y Bancos de Sangre²¹⁰. De manera que, en nuestro criterio, conforme al ordenamiento jurídico venezolano y en términos de la propia Constitución, la Ley puede determinar –concienzudamente por supuesto- los casos de limitación a ese derecho de negarse a practicarse la prueba heredobiológica, imponiendo la aplicación la posibilidad de que en el decurso de un proceso judicial se aplique coactivamente o por la fuerza, en caso de negativa, las referidas pruebas²¹¹, tal y como lo prevén los ordenamientos de Alemania, Austria, Dinamarca, Suiza, algunos Estados Americanos y lo ha permitido la jurisprudencia española²¹².

En tal sentido, en nuestro país encontramos la disposición de la norma legal del artículo 31 LPFPM; que en nuestra exégesis, permite concluir la posibilidad de aplicación coactiva (obligatoria) de las pruebas en cuestión, que por demás consisten simplemente en la extracción de una mínima cantidad de sangre, lo que no implica ningún trato indigno o denigrante.

La norma en referencia dispone:

Artículo 31.- Remisión al Ministerio Público. Transcurrido el lapso de comparecencia sin que la persona señalada como padre acuda a aceptar o negar su paternidad, se remitirán las actuaciones al Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente.

En los procedimientos de filiación el juez o jueza competente podrá ordenar

208 **Artículo 23.-** El desacato de la inmunización ordenada por las autoridades sanitarias dará lugar al uso de la fuerza pública para aplicar las inmunizaciones previstas en esta Ley, dentro de los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

209 Publicada en Gaceta Oficial N° 35.916 de fecha 8 de marzo de 1996.

210 **Artículo 11.-** La donación de sangre podrá ser impuesta como obligatoria por parte del Estado en casos de catástrofe nacional o acción bélica. Gaceta Oficial N° 31.356 de fecha 8 de noviembre de 1977.

211 “De allí, pues que se imponga derivar una tesis hermenéutica de la disposición que contiene el artículo 46, num 3, constitucional, en el sentido que la ‘ratio’ va más allá de la tutela de la salud pública, porque abarca también el sistema de justicia, razón por la cual en el curso de la investigación penal y del proceso judicial, resulta legítimo el sometimiento de personas a exámenes médicos y de laboratorio sin su consentimiento. Juega a favor de esta tesis no sólo el interés general atinente al funcionamiento del sistema de justicia, sino la propia letra del precepto, que monta la excepción en ‘otras circunstancias que determine la ley’. PEÑA SOLIS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo I: Los derechos Civiles*. Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2012, p.144.

212 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 248.

con carácter obligatorio pruebas de filiación biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado.

La transcrita norma comienza por disponer la potestad del juez de ordena de oficio las pruebas de filiación, lo que se desprende de la utilización del vocablo “podrá”²¹³, y seguidamente, la norma indica que esa prueba ordenada potestativamente, tendrá “*carácter obligatorio*”, con lo cual queda claro que no se constituye en una carga procesal del accionado, si no que se dispone –en nuestro entender– el carácter coactivo de su aplicación. Por demás, como hemos referido, al ponderar los intereses en juego, constituidos, de una parte, por el derecho de toda persona de conocer a sus progenitores (derecho no sólo de rango constitucional, sino vinculado a su identidad y dignidad misma) y que va más allá del establecimiento de la filiación, al conocimiento certero sobre quién se es y de donde se proviene como persona; y por otra parte, el derecho a la integridad física del demandado, que en poco o nada se vería afectado por ceder unas gotas de sangre, saliva o sudor; nos inclinamos, por considerar que el legislador ha obrado sensatamente al regular y limitar el uso –o mejor dicho, el abuso– de la protección constitucional a la integridad física.

En este sentido, parece comulgar Graterón Garrido, quien concluye que, “en relación a con la aplicación de las pruebas heredobiológicas, la Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad establece en su artículo 31 que en los procedimientos de filiación, el juez o jueza puede ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación biológica, de manera que con ello se modificaría el artículo 210 del Código civil, que requiere la aceptación del demandado a someterse a estas pruebas, y su negativa constituye una presunción en su contra”²¹⁴. La misma autora hace referencia a la previsión constitucional del artículo 46 antes transcrito y cita decisión de la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en su entender implica la inclinación jurisprudencial hacia la aplicación obligatoria de la prueba.

213 Que conforme a la norma del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, “se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”.

214 GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol. *Ob. Cit.*, p. 66.

De su parte, Domínguez Guillén, se manifiesta enteramente contraria a nuestra postura, por considerar que constituye un principio general que nadie puede ser coaccionado a la práctica de una prueba corporal por aplicación del respeto a los derechos personalísimos de la persona humana, con obvia proyección constitucional (art. 43, ord. 3). De allí que considera sabia salida de la ley, la de consagrar la presunción en contra de quien se niega al examen (210 CC y 505 CPC), tal y como ocurre –en su criterio– en la propia ley especial pues el artículo 28 de la LPFMP expresamente sigue tal corriente al indicar “en los casos en que la persona identificada como presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra”. Lo que para Domínguez, permite combinar los derechos de la personalidad con las acciones o derechos filiatorios²¹⁵.

De su parte, Peña Solís coincide con nosotros en que el derecho previsto en la Constitución, puede ser regulado o delimitado por la ley, agregando que ello no sólo es necesario y procedente en materia de tutela de la salud pública, sino también en atención a la actividad de *hacer justicia por parte de los órganos judiciales*, recordando que *el sistema de justicia constituye uno de los soportes del Estado democrático y de derecho*, para concluir que: “... la excepción de la prohibición de someter a las personas a exámenes médicos y de laboratorio, sin su consentimiento, incluye las ‘otras circunstancias’, debidamente configuradas en casos concretos en la ley, vinculados a la administración de

215 Véase: Domínguez Guillén, Aproximación al Estudio de los Derechos de la Personalidad. Ob. Cit., pp. 154 - 155, “La integridad física implica también el derecho a negarse a inspecciones corporales. Las personas no pueden ser obligadas a reconocimientos médicos ni extracciones de sangre para filiación. Recordemos que en materia de inquisición de paternidad la negativa a practicarse la prueba da lugar a una presunción en su contra. Y en materia probatoria en general igualmente la normativa adjetiva consagra la posibilidad del juzgador de extraer presunciones en contra de quien se niegue a practicarse un examen. De manera que la práctica coactiva de un examen sobre el cuerpo de la persona -aun cuando se pretenda alegar carencia de daño físico- constituye un irrespeto a los derechos de la personalidad no sólo en los derechos relativos al cuerpo sino también a la integridad moral de la persona. Es necesario prestar conformidad para realizar exámenes médicos sobre el cuerpo ajeno, aun cuando se presente como un medio de prueba en un proceso judicial (para determinar la filiación, necesitaríamos tomar muestras de sangre). Aun, en este caso, no obstante lo inocuo e indoloro que puede resultar el examen, el principio general es que no se puede ejercer violencia sobre el cuerpo ajeno, pero es importante destacar, que la negativa a someterse al examen, implicaría una fuerte presunción en su contra. Ante la imposibilidad de violentar la integridad física y el pudor de una persona, por querer practicar en forma forzosa un examen físico, se consagra sabiamente las presunciones en contra de quien sostiene tal negativa. Dicha presunción permite evitar las cómodas evasiones del implicado y a su vez no violentar el derecho a la integridad psicofísica. Existen exámenes que requieren la colaboración del afectado y sería penoso y hasta humillante en algunos casos el uso de la fuerza”.

*justicia, con la peculiaridad de que el examen previsto en el respectivo supuesto de hecho contemplado en la norma legal, debe estar precedido por una orden judicial, debidamente motivada...*²¹⁶

Como otros tantos aspectos desarrollados a lo largo de este trabajo, entendemos que está sujeto a discusión, y más aún, al inicial rechazo que es connatural a los cambios, empero, que juzgamos serán madurados y aceptados en el devenir del tiempo, en atención a sus bondades²¹⁷.

2.3. El Concurso de voluntades como mecanismo procesal de modificación de la filiación legal

Otro aspecto procesal que consideramos debe ser revisado, está constituido por el trámite procedimental que conforme a la normativa vigente, debe desplegarse en los casos en que se pretenda la modificación de la filiación legalmente establecida, con especial atención a aquellos supuestos en que exista concurso de voluntades de los interesados respecto del cambio que se pretende. Encontramos que las acciones judiciales que contienen como pretensión la inquisición de paternidad, la impugnación del reconocimiento o el desconocimiento de la paternidad matrimonial, están concebidas como auténticas demandas judiciales que en consecuencia dan lugar a procesos de naturaleza contradictoria, en lo cuales además, por tratarse de asuntos que versan sobre el estado y capacidad de las personas, no resultan procedentes o admisibles los medios de autocomposición procesal, como el convenimiento y la transacción²¹⁸. Ante esta realidad procesal, cabe preguntarse, ¿qué ocurre en los casos en los que no existe real contención, por estar concientes las partes involucradas -padre legal, padre biológico, e hijo- que la filiación legal no se corresponde con la biológica?; ¿debe el hijo

216 PEÑA SOLIS, José. Ob. Cit., p. 145.

217 No olvidemos que en el pasado, necesarias reformas como la del Código Civil de 1982 –ya hoy insuficientes-, también fueron objeto de críticas y rechazos, por ejemplo en materia de posibilidad de reconocimiento del hijo adulterino o por considerarse que propendían a la disolución de la familia. Véase en: BECERRA SARDÀ, Héctor. La voz de la iglesia: Algunas disposiciones estimulan el conflicto en lugar de unir a la familia (1982, 08 de julio). El Nacional, Cuerpo C, p.1.; y Lamentables los grandes reparos en la reforma del Código Civil (1982, 24 de julio). El Nacional, Cuerpo C, p.5.

218 Consideramos importante recordar que aún cuando en materia de estado y capacidad de las personas, por regla general se excluye la posibilidad de transacción y convenimiento, en la específica área filiatoria, se prevé ex artículo 232CC, la posibilidad de sobreseer el juicio de inquisición de paternidad, cuando en su vigencia, el padre inquirido o demandado procede al reconocimiento, lo que desde la óptica estrictamente procesal, se ajustaría bastante a la noción de convenimiento, aunque obviamente no alcanzaría a la fuerza de cosa juzgada material que esta figura implicaría.

impugnar una paternidad judicialmente y luego demandar que se reconozca la otra?; ¿debe el padre biológico demandar y seguir un proceso contencioso contra el padre legal y el hijo, para impugnar la paternidad legal, a pesar de que el padre legal también desee que se establezca la verdad?. Si las partes están en consenso respecto de la voluntad de suprimir la filiación legal y establecer una nueva que se corresponda con la biológica, ¿deben acudir a un proceso judicial contencioso?; de ser así, ¿no implicaría una utilización fraudulenta del proceso?

Como otros tantos aspectos aquí revisados, las respuestas no resultan obvias, y más bien dan lugar al cuestionamiento de la normativa o a intuir de inmediato la sobrevenida necesidad de cambios en esa normativa y/o en la perspectiva con que debe tratarse y resolverse cada asunto. Al respecto, consideramos procedente citar en extenso algunas consideraciones formuladas en sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica²¹⁹:

Es un hecho no controvertido que el actor reconoció al niño a sabiendas que no era su padre biológico. La jurisprudencia, aunque con voto salvado, ha reiterado el criterio, como tesis de principio, de que quien sabiendo que no es el padre reconoce a una persona como hijo suyo, a pesar de que ese hecho no coincida con la realidad biológica no puede luego pretender la anulación de dicho acto voluntario. Lo anterior en aplicación de los numerales 86 y 87 del Código de Familia.

En aplicación de esas normas, no se accedió a la impugnación de reconocimiento del padre registral, aún cuando se tenga conocimiento cierto de que el padre biológico no es éste, cuando en esa declaración unilateral de voluntad no ha mediado error o engaño.

Más, la irrevocabilidad de reconocimiento responde en primer término a la necesidad de seguridad jurídica respecto de la filiación y, por supuesto, viene estimado a tutelar el interés del reconocido. De esa manera se ha estimado que no puede admitirse pura y simple el arrepentimiento del padre registral, como fundamento para que prospere un impugnación de reconocimiento por inexistencia de la paternidad biológica que ya conocía. El reconocimiento produce efectos jurídicos (derechos u obligaciones) con independencia de la

219 Sentencia N° 00618 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de julio de 2004. Costa Rica. Consultado en: http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_sentencia.asp?nValor2=278012&n Valor1=1&strTipM=T&lResultado=, el 10 de mayo de 2009.

voluntad de quien lo emite y no solo respecto de la parte que exterioriza la manifestación de voluntad, sino, también, por disposición de la ley, tanto el reconocimiento como de la familia a la cual se incorpora en virtud del reconocimiento. En tal sentido, el reconocimiento es una manifestación unilateral de voluntad que afecta a terceros. Ese acto hace nacer el derecho del reconocido a ser alimentado por el padre registral, a llevar su apellido, a heredarlo, entre muchos otros; todo lo cual, viene a conformar su identidad, que es un derecho fundamental suyo y como tal merecedor de tutela. Por lo anterior, la persona que realiza el reconocimiento no puede disponer de todos esos derechos indispensables su titular; los que en todo caso son derechos pues no es su titular; los que en todo caso son derechos indispensables (artículo 78 del Código de Familia); de hacerlo, se estaría atentando como se dijo, contra el principio de seguridad jurídica en materia de filiación y, además, contra el interés superior de los menores garantizado por instrumentos internacionales. (...)

Se aprecia que el caso sometido a estudio tiene características especiales que justifican una solución distinta a la que se ha externado en la jurisprudencia de comentario. En primer término, no sólo está acreditado que el padre registral no es en realidad el padre biológico, sino, también se demostró el verdadero vínculo paternal entre el niño Matías Esteban y el señor Cristian Alexander Mora Arguedas (ver resultados de prueba de A.D.N ordenada en esta instancia con carácter de prueba para mejor resolver en folios 135 al 137 y 163 al 166) quien acudió en segunda instancia y ante la Sala a externar su deseo evidente de normalizar una situación irregular que afecta a su hijo y a su familia. Así, todos los involucrados han sostenido durante el proceso que el niño desde su nacimiento convive con sus progenitores quienes contrajeron matrimonio desde el 27 de enero del 2001 (ver certificado de matrimonio en folio 155), que no conoce ni tiene relación alguna con su padre registral y, además, el señor Mora Arguedas no sólo ha mostrado conformidad, sino, además, ha externado por razones justificadas su deseo de que se varíe el asiento registral del nacimiento de su hijo para que sea él, quien como en verdad lo es, aparezca como su padre con todas las consecuencias que ello conlleva. En ese entendido, no se trata de dejar al niño sin un padre con derechos y obligaciones a su respecto, sino, de normalizar una situación no acorde con la realidad biológica, efectiva y familiar conocida por él y que de mantenerse, resulta evidente, aplicando las reglas de la sana crítica, le causa y le podría causar perjuicios irreversibles, entre otros, desde el punto de vista psicológico, social y patrimonial. El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del

niño, ratificada por Costa Rica por Ley N° 7184, del 18 de julio de 1990 y con autoridad superior a la ley ordinaria conforme con el artículo 7 de la Constitución Política, dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Ese mandato es desarrollado por el numeral 5 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, según el cual: “Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal: La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve d) La correspondencia entre el interés individual y el social”. Con fundamento en esa normativa y tomando en cuenta que no se causa una lesión irreparable a los bienes jurídicos que pretende tutelar la regla de la irrevocabilidad del reconocimiento, a manera de excepción y atendiendo el derecho fundamental del niño, de aparecer registralmente como hijo de su padre biológico con quien está relacionado afectivamente desde su nacimiento y a conformado junto con su madre un hogar constituido al amparo del matrimonio, procede estimar el recurso interpuesto.

Esta decisión, nos permite precisar como la realidad familiar, en conjunción con la verdad biológica y el concurso de voluntades de los interesados, pueden lograr la abolición de los dogmas preconcebidos en la especial materia filiatoria. Por demás ya hemos expuesto previamente la necesidad de atender a la verdad familiar (posesión de estado) y hemos verificado la tendencia de la jurisprudencia nacional a dar preeminencia a la filiación biológica, incluso cuando se trata de hijos nacidos de mujer casada, pero cuyo padre biológico no es el marido de la madre. Consideramos entonces, que en los casos en que concurran ante el Juez, “todos” los interesados, es decir, el padre legal, la madre, el hijo y el padre biológico, a solicitar la modificación de aquella filiación legal, para hacerla coincidir con la biológica, bien podría tramitarse esta solicitud prescindiendo de todo el proceso jurisdiccional contradictorio, debiendo tratarse como una pretensión mero declarativa, o incluso como de jurisdicción voluntaria, siempre por supuesto, con la

carga por parte del juez de constatar la filiación biológica afirmada, a través de las respectivas pruebas científicas, notificando al Ministerio Público, y velando por evitar que la solicitud no se constituya en un fraude procesal u obre en perjuicio de terceros.

Por supuesto, este es otro aspecto para incentivar el debate y propiciar la creación de propuestas que bien de *lege ferenda* o a través de criterios judiciales, puedan servir para simplificar los trámites en casos como el comentado.

CONCLUSIONES

El estudio jurídico del tema de la filiación paterna o paternidad viene y está ligado íntimamente a la conformación y desenvolvimiento de la concepción que se tenga sobre la familia y la sociedad, de allí que no es un tema inmutable, menos aún, cuando en su evolución, el derecho –casi de forma universal- viene a reconocer al hombre como un fin en si mismo, constituyéndose la protección del ser humano y su dignidad, como sustento de cualquier sistema democrático y de justicia. Así, el derecho a investigar la filiación, el derecho a conocer y a hacer valer la realidad biológica, y la requerida promoción de una paternidad responsable, indistintamente y con prescindencia del estado civil matrimonial de los progenitores, fuerzan la revisión y redefinición de conceptos, en especial cuando el sistema presuntivo utilizado clásicamente para establecer dicha paternidad, podría quedar prácticamente abolido en razón de la existencia de modernas y confiables pruebas científicas que permiten establecerla certeramente. Circunstancias estas que además, deben también ser sopesadas y conjugadas con la realidad familiar concentrada en la siempre vigente figura de la posesión de estado.

En este trabajo hemos querido poner de relieve esta necesidad de cambio, analizando las normativas y su evolución, con la idea de proponer alternativas de solución y especialmente, de formular interrogantes que inviten a los estudiosos de la materia, a la búsqueda de respuestas ponderadas y ajustadas a la realidad social y a las necesidades colectivas e individuales que convergen en este complejo tema.

Quedamos atentos a la crítica.

MATERIAL DE REFERENCIA

BIBLIOGRÁFICO

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I. Personas*. 22º Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009.
- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Undécima Edición. Madrid: Edisofer S.L, Libros Jurídicos, 2008.
- ÁLVAREZ, Tulio Alberto. *Antecedentes y evolución de la legislación sobre filiación ilegítima en Venezuela*. En: Revista de la Facultad de Derecho, N° 30, Caracas: Editorial Sucre. Facultad de Derecho UCAB, 1980.
- BOCARANDA ESPINOZA, Juan José: *Guía Informática: Derecho de Familia*. Caracas, Tipografía Principios, 1994, T. I.
- BUAIZ VALERA, Yuri Emilio. *La aplicación garantista del interés superior del Niño*. En: Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Reforma de la LOPNNA. 1º Edición. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo 6. Biblioteca Clásicos del Derecho. México: Distribuidora Haral, S.A., 1998.
- D' JESÚS, Antonio: *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas, Paredes Editores, 1.991, pp. 104-146.
- DI LELLA, Pedro. *Paternidad y Pruebas Biológicas: recaudos y cuestionamientos*. Buenos Aires: Ediciones DePalma, 1997.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al Estudio de los Derechos de la Personalidad*. Revista de Derecho N° 7. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2.002.
- _____, *Breve referencia a la filiación post mortem*. En: Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas N° 134. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009.
- _____, *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N° 19. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.
- _____, *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007.
- _____, *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1, 3º Edición. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2010.
- _____, *Manual de Derecho de Familia*. Colección Estudios Jurídicos N° 20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.
- _____, *Manual de Derecho Sucesorio*. Caracas, Editorial Texto, 2010.
- _____, *Notas sobre el artículo 210 del Código Civil: Reconocimiento forzoso de la filiación*. En: Revista de Derecho N° 25. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007.

- ECHANDÍA, Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II. Octava Edición. Bogotá: Editorial ABC, 1984.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código Civil* (España). Novena Edición. Navarra (España): Editorial Aranzadi, 2008.
- GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis. *Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 145. Caracas: 119 Nueva Etapa, julio-septiembre 1982.
- GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol: *Derecho Civil I Personas*. 2° Edición. Caracas, Ediciones Paredes, 2010.
- GRISANTI AVELEDO, Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2008.
- HARTING R., Hermes. *Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982*. En: Revista de la Facultad de Derecho. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1985-1986.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 4° Edición. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2009.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia*. Tomo II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- LORETO, Luis. *La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho Venezolano*. Ensayos Jurídicos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987.
- MELICH ORSINI, José. *La prescripción extintiva y la caducidad*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.
- NIKKEN, Pedro. *Viejos y nuevos problemas en torno al papel de la posesión de estado*. En Libro homenaje a José Melich Orsini, Volumen 2. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1983.
- PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela. *Establecimiento judicial de la paternidad del hijo de la mujer casada*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Tomo II. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002.
- PEÑA SOLIS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I: Los Derechos Civiles. Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2012.
- PERERA PLANAS, Nerio. *Análisis del Nuevo Derecho Civil*. Maracay: Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos “Carlos Alberto Taylhadat”. Colegio de Abogados del Estado Aragua, 1983.
- RAMÍREZ, Florencio. *Anotaciones de Derecho Civil*. Tomo I. Mérida: Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, 1.953.
- RAMOS S., César José: *Unidad y Verdad de la Filiación*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-1. Caracas: Servicio Gráfico Editorial S.A., Enero-Marzo 1983, Año 1, N° 1.
- RIBEIRO SOUSA, Dilia María. *Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000.
- SANLER CASTILLO, Mario. *Conflictos paterno filiales*. En: Memoria del VIII Congreso

- Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas: Publicidad Gráfica León S.R.L., 1.996, T. I.
- SANOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo I. Reimpresión de la 1^o Edición. Caracas: Imprenta Nacional, 1953.
- SANTAMARIA ARCHILA, Carolina. *Filiación Extramatrimonial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1980.
- SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.
- SOTO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas: Editorial Mobil Libros, 1990.
- TORRES RIVERO, Arturo Luis. *Derecho de Familia (Parte General)*. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1967.
- _____, *Mis comentarios y reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*. Vol 1. Colegio de Abogados del Estado Lara. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- _____, *Pruebas de Estado (Derecho de Familia - Parte General)*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Talleres de la Fundación Editorial Escolar, 1.970.
- VARELA CÁCERES, Edison Lucio. *El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil*. En: Revista de Derecho N^o 33, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2010.
- _____, *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de de Justicia, en Sala Constitucional N^o 1443 de fecha 14 de agosto de 2008*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N^o 134. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Perú: Universidad de Lima – Fondo de Cultura Económica Perú, 1999.
- VISO, Luis René. *Derecho de Familia*. Cabimas: Impresora Petrolandia, 1985.
- WILLS RIVERA, Lourdes. *La Patria potestad en la Lopnna. Estudio Analítico*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2010.

LEYES NACIONALES

- Código Civil venezolano, Gaceta Oficial N^o 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Constitución de la República de Venezuela, Gaceta Oficial N^o 662, Extraordinaria de 23 de enero de 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 15 de diciembre de 1999, publicada originalmente en Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresa con modificaciones en Gaceta Oficial Extraordinaria N^o 5.453 de fecha 24 de marzo del 2000, y enmendada y publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria del 19 de febrero de 2009.
- Ley de Inmunizaciones, Gaceta Oficial N^o 35.916 de fecha 08 de marzo de 1996.
- Ley de Transfusión y Bancos de Sangre, Gaceta Oficial N^o 31.356 de fecha 08 de noviembre de 1977.
- Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, Gaceta Oficial N^o 38.773 de fecha 20 de Septiembre de 2007.

Ley Orgánica de Registro Civil, Gaceta Oficial N° 39.264 Extraordinaria del 15 de Septiembre de 2009.

SENTENCIAS

- Sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 31 de mayo de 2010, Gilberto Enrique Gallardo Rodríguez contra Ismarys del Carmen Serrano Torcatez.
- Sentencia de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional (CSTPNAA-MCNAI), de fecha 29 de octubre de 2002, H.G. Rodríguez contra A.M. Márquez. Extraída de Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Octubre 2002, pp 35-38
- Sentencia N° 96.640 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 02 de junio de 1998, Deyanira Guevara contra Antonio Areixems Brito.
- Sentencia N° 157 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1° de junio del 2000, Loaida Marina Velásquez Uzcátegui contra Jaimes Reis de Abreu.
- Sentencia N° 019 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 enero de 2004, José Rafael Monasterio Torrealba contra Ana Carolina Ramírez de los Santos.
- Sentencia N° 2169 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de octubre de 2007, Juana Ramona Ruiz contra Carlos Alberto Ortega Maluf.
- Sentencia N° 0148 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de marzo de 2010, Emilia Isabel Infante Rivas contra Yolimar Alejandra Hernández Díaz.
- Sentencia N° 1.456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de julio de 2006, Yamilex Coromoto Núñez de Godoy.
- Sentencia N° 1.380 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de octubre de 2009, José Martín Medina López.
- Sentencia N° 1.443 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de agosto de 2008, recurso de interpretación constitucional del Consejo Nacional De Derechos Del Niño y del Adolescente (CNDNA).

PÁGINAS WEB

- Código de Familia*. Panamá. Consultado en www.glin.gov/download.action?fulltextId=47087&documentId=136469, el 10 de septiembre de 2010.
- Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Asamblea General de las Naciones Unidas. Consultado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, el 29 de septiembre de 2009.
- Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima Tercera Edición. Real Academia Española. Consultado en <http://buscon.rae.es/draeI/>
- Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC)*. Consultado en <http://www.ivic.gob.ve/>, el 03 de enero de 2010.

- Ley que modifica y adiciona artículos al Código de la Familia, sobre el reconocimiento de la paternidad, y dicta otras disposiciones.* Justia.com. Panamá. Consultado en docs.panamama.justia.com/federales/leyes/39-de-2003-may-6-2003.pdf, el 10 de enero de 2011.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Ley N° 3509 Base de datos Políticos de las Américas. Costa Rica. <http://pdba.georgetown.edu/electoral/costa/ley3504.html>
- Ley de Paternidad Responsable del Estado de Tamaulipas. Reforma del 31 de diciembre de 2007. México. Consultado en www.ordenjuridico.gob.mx/Estadal/TAMAULIPAS/Leyes/TAMLEY37.pdf, el 10 de septiembre de 2010.
- Ley de Paternidad Responsable. 2001. Costa Rica. Consultado en <http://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/normativa/Ley%20de%20Paternidad%20Responsable.doc> , el 10 enero de 2011.
- Proyecto que crea la Ley General de Paternidad Responsable; y Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones del Código Civil Federal, a Cargo de la Diputada Augusta Valentina Díaz de Rivera Hernández, del Grupo Parlamentario del Pan. Sistema de Información Legislativa (SIL). México. Consultado en <http://sil.gobernacion.gob.mx> el 10 de enero de 2011.
- Sentencia N° 138/2005 del Tribunal Constitucional, del 26 de mayo de 2005. España. Consultado en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2005/STC2005-138.html> , el 02 de mayo de 2009.
- Sentencia N° 00618 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de julio de 2004. Costa Rica. Consultado en: http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_sentencia.asp?nValor2=278012&nValor1=1&strTipM=T&lResultado= , el 10 de mayo de 2009.

FUENTES VIVAS

- María Candelaria Domínguez, entrevistas varias realizadas en el año 2011.
- Juan Carlos Pinto, entrevista realizada el 07 de abril de 2011.
- Mary Sol Graterón, entrevista realizada el 16 de marzo de 2011.