



UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

LA SITUACIÓN PROCESAL DEL HIJO ADULTERINO

“Trabajo de grado presentado
como requisito para optar al
título de Especialista en
Derecho Procesal”

Autora:
Naileth Santiago

Tutora:
Marjorie Acevedo

Caracas, Abril 2011

Caracas, 7 de abril de 2011

Profesor (a)
Coordinador (a) de la Especialización en
Derecho Procesal

Presente.-

Me dirijo a usted en la oportunidad de informarle que la ciudadana Nailleth Santiago, ha concluido el Trabajo Especial "La Situación Procesal del Hijo Adulterino", presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal.

Asimismo, solicito que la Comisión de Estudios de Postgrado proponga al Consejo de Facultad la designación del jurado para la respectiva defensa.

Sin otro particular, se despide,

Atentamente,

Marjorie Acevedo Galindo

C.I: N° 3.664.829

Dedicatoria

“Si quieres hacer una Patria grande y gloriosa, tienes que comenzar por dedicar todo tu amor y esfuerzos a lograr el bienestar de tu familia”

Isabel Grisanti Aveledo

Agradecimientos

A Dios por ser mi guía en todos los proyectos que emprendo.

A mis Padres, Carmen Barrueta y Rolando Santiago, por la especial educación impartida en casa, por creer en mí, por el apoyo brindado en los objetivos propuestos e iluminarme siempre que los necesito.

A mis Hermanos Kelmy, Yeidy, Rolando, Leissa y Orlando por compartir mis logros y dificultades.

A Luis, quien me ha brindado su apoyo y servido de ejemplo de superación.

A Dagmar Piñero, por ser amiga y compañera de trabajo incondicional. Mil gracias por regalarme parte de tu optimismo cuando lo necesito.

A la profesora Marjorie Acevedo, por brindarme su apoyo con la aceptación de la tutoría y por sus valiosas observaciones en la elaboración del presente trabajo.

Nailleth Santiago

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Dedicatoria..... | 3 |
| Agradecimientos | 4 |
| Índice | 5 |
| Resumen | 7 |
| Introducción | 8 |
| | |
| Capítulo I: LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL | |
| a. Antecedentes histórico-legales | 11 |
| b. Elementos definitorios de la presunción <i>pater is est</i> | 14 |
| | |
| Capítulo II: LA ACCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL | |
| a. Generalidades..... | 18 |
| b. Régimen Normativo Pautado Para Impugnar la Presunción <i>Pater is Est</i> en el Ordenamiento Jurídico Venezolano | 19 |
| b.1 Legitimación | 21 |
| b.2 Caducidad | 28 |
| b.3 Efectos de la sentencia..... | 32 |
| | |
| Capítulo III: NUEVOS AVANCES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES | |
| a. Normas y Principios Orientadores | 34 |

| | |
|---|----|
| b.-Nuevos Avances Legislativos: Alcance del Nuevo Procedimiento de Reconocimiento Establecido Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad..... | 41 |
| b.1. La Disposiciones Derogatorias de Uso Judicial | 45 |
| c. Avances Jurisprudenciales..... | 46 |
| | |
| CONCLUSIONES..... | 52 |
| RECOMENDACIONES..... | 55 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 57 |

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

LA SITUACIÓN PROCESAL DEL HIJO ADULTERINO

Autor: Naileth Santiago
Tutor: Marjorie Acevedo
Fecha: Abril 2011

RESUMEN

Bajo la línea de una investigación documental y analítica, la presente tiene como objetivo analizar si el hijo adulterino puede inquirir la paternidad del padre biológico, ante la traba procesal que representa la falta de legitimidad (*ad causam*) en la acción que procede contra la paternidad matrimonial. En tal sentido, la actividad conducirá a examinar dentro del ámbito de los principios que informan al sistema procesal, las vías de uso judicial que pudieran servir de orientación al Juez en su labor jurisdiccional, como herramienta para llenar la insuficiencia legal detectada, a los fines alcanzar el objetivo propuesto. Para el cumplimiento del propósito, la configuración de la investigación se realizará a través de la revisión bibliográfica documental, siendo necesario recurrir a las técnicas operacionales como lo son el análisis de contenido e interpretación jurídica. El proyecto está dividido en tres capítulos: el primero que contiene un estudio del funcionamiento del sistema de presunción matrimonial. El Capítulo II, contiene el estudio de la acción de paternidad matrimonial. El Capítulo III, contiene los avances registrados en la materia, a nivel legislativo y jurisprudencial. Finalmente se presentan las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas utilizadas.

Descriptores: Hijo Adulterino, Presunción de paternidad, *Legitimatío Ad Causam* y acción de paternidad matrimonial .

INTRODUCCIÓN

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 56, toda persona tiene derecho a conocer a sus padres, a usar el apellido de la madre y padre, y a investigar la maternidad o la paternidad. Paralelamente, es un deber del Estado garantizar el derecho a investigarla.

Si se toma en cuenta el postulado constitucional, que además no hace distinción de edad, sexo, raza, ni clase social, hace pensar en la necesidad insoslayable de que existan los medios para que todas las personas puedan hacer realidad ese derecho-garantía supremamente estatuido.

Sin embargo, al analizarse el articulado previsto en el Código Civil venezolano, el cual trasciende la esfera sustantiva, por contener normas especialísimas que deben observarse en los procesos de estado, surgen unas interrogantes al estudiar la materia relativa a las acciones de estado, y la legitimación o cualidad procesal para intentarlas.

La inquietud nace al plantearse en un supuesto fáctico: que un hijo nacido en relación de adulterio, cometido por mujer casada, pretenda inquirir la paternidad del padre biológico, cuando ya tiene una establecida en virtud de una presunción legal que la doctrina ha denominado como *pater is est*.

El problema, es que solo el marido tiene atribuida por ley la legitimación para intentar un juicio que tendrá por norte destruir la paternidad, y solo excepcionalmente los herederos de éste podrán impugnarla. De ninguna manera al hijo le está dada esa cualidad.

Las ideas esbozadas en las líneas anteriores, describen a grandes rasgos la problemática que se aborda en el presente trabajo; el recorrido por el tema comienza con una explicación histórica de la presunción *pater is est* y sus elementos definitorios; a continuación, se procede a examinar el régimen normativo pautado para la acción que opera contra la presunción matrimonial y los últimos avances normativos y jurisprudenciales en el asunto, para luego, situados en el marco del Derecho patrio, realizar un acercamiento a las siguientes interrogantes: ¿Quiénes litigan la paternidad del marido? ¿Cuáles son los supuestos de hecho que se presentan con mayor costumbre en los procesos donde se ha pretendido desconocer la paternidad que sobre los hijos tiene el esposo de la madre? ¿Quiénes pueden, actualmente, inquirir la paternidad natural frente a la traba procesal en la que se constituye la falta de legitimidad del hijo, para destruir en juicio la paternidad matrimonial? ¿Cuáles son las alternativas procesales, que el actual derecho filial, puede ofrecer en el acogimiento de las demandas promovidas por el hijo? ¿Cuáles son los valores que trasuntan los considerandos de los jueces?

El intento de dar una respuesta aproximada a las preguntas planteadas, lleva a la formulación de una hipótesis descriptiva y explicativa respecto al suceso observado, así como también a la elaboración de proposiciones que relacionan la norma con el dato empírico-social, cuestión descrita en párrafos anteriores, sin embargo, es importante tener en cuenta los siguientes descriptores:

Hijo Adulterino: según Cabanellas, G. (1979) es “el engendrado por personas que al momento de la concepción del hijo no podían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas”.

Se les incluye dentro de la *categoría* de hijos extramatrimoniales no simples, tal como sucede con los incestuosos y sacrílegos.

Pueden presentarse varios casos: 1) que el hijo haya nacido de mujer soltera con hombre casado; 2) que el hijo lo sea de hombre casado con mujer casada, y ; 3) de hombre soltero con mujer casada.

Dado que el hijo nacido de mujer soltera con hombre casado puede ser reconocido por su madre y padre, es por ello que a los efectos del presente estudio solo interesa, el hijo nacido bajo las otras dos hipótesis. Esto, es tan solo un ejemplo de la importancia de distinguir entre uno y otro supuesto.

CAPÍTULO I

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

a.-Antecedentes Histórico – Legales

Las legislaciones que proceden del Derecho Romano, como es el caso de la italiana y la nuestra, han reproducido la conocida regla pauliana: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (padre es aquél a quien señala el matrimonio).

Sin embargo, López, F. (2006), explica, que originariamente el problema fue resuelto por los romanos de otra manera: concediéndosele al marido como jefe de familia, el derecho de reconocer o negar la paternidad de los hijos nacidos de la esposa. Por tanto, en aquella época el esposo reconocía, y tal reconocimiento constituía la prueba de la paternidad.

Ahora bien, la fuente directa y probable de la presunción de paternidad matrimonial en nuestro ordenamiento, lo es, el Código Civil Italiano de 1865, el cual sirvió de fuente de inspiración a los codificadores nacionales para 1873.

La aclaratoria tiene lugar por cuanto esta presunción aparece por primera vez en el Código Civil de 1873, y ha sido repetida casi textualmente en los Códigos Civiles promulgados en el país hasta el actual.

Anteriormente a ello, el primer Código Civil patrio (1862), el cual siguió al Código Civil Chileno, solo estableció una definición de hijo legítimo: “el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo”. La normativa de esa época, indicaba que también lo era el hijo nacido en matrimonio putativo, mientras éste produjera efectos civiles.

De este primer Código Civil, llama la atención, la distinción que hizo el legislador de tres categorías de hijos extramatrimoniales: *los naturales*, que eran los hijos extramatrimoniales reconocidos; *los simplemente ilegítimos*, puesto que no estaban reconocidos, y; *los extramatrimoniales no simples*, entre los cuales figuraban los adulterinos, incestuosos y los hijos sacrílegos (esta última categoría de hijos no podían ser reconocidos legalmente por madre ni por padre).

Obviando la aparición de otros cuerpos normativos en el pasado, el Código de 1873, es considerado por los estudiosos del derecho como un avance en la materia, al permitir el reconocimiento voluntario de la madre y del padre sobre el hijo extramatrimonial simple, y aunque autorizó la inquisición judicial de la maternidad extramatrimonial, sin embargo, prohibió la inquisición de paternidad, salvo en los casos en los cuales hubo raptó o violación de la madre en la época de la concepción del hijo.

Para 1916, el Código Civil que entró en vigencia en la época, avanzó un poco más, pues permitió la investigación de la paternidad

extramatrimonial en otros supuestos agregados: en el caso de seducción de la madre con promesa de matrimonio o por medio de maniobras dolosas o con abuso de autoridad o de confianza o de relaciones domésticas; concubinato notorio entre la madre y el supuesto padre; explícita confesión escrita de paternidad, y; en el caso de contribución del supuesto padre (en calidad de tal) en el mantenimiento y educación del sedicente hijo habido fuera de matrimonio.

Pero, la condición jurídica del hijo extramatrimonial desmejoró nuevamente en el Código Civil de 1922, ya que proscribió nuevamente la inquisición de paternidad no matrimonial, permitiéndolo únicamente en los casos en los cuales hubo raptó o violación de la madre en la época de la concepción del hijo, tal como se permitió en el de 1873.

Continuando en orden cronológico, se encuentra que si bien en el Código de 1942, se implantaron innovaciones normativas de orden trascendental en materia de filiación extramatrimonial, por cuanto dicho código autorizó el reconocimiento voluntario de la madre respecto al hijo extramatrimonial simple y no simple, sin embargo, por parte del padre solo se permitió el reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial simple, tan es así, que si para el periodo legal de la concepción existió entre ambos padres impedimento no dispensable para contraer matrimonio, el padre no podía reconocerlo válidamente sino después de que cesara el impedimento.

Por lo tanto, para ese tiempo la acción de investigación de la paternidad ya estaba coartada por la circunstancia de que para la época de la concepción del hijo existía entre los padres algún impedimento no excusable para contraer matrimonio.

En lo que respecta al vigente Código Civil, el artículo 201 de igual forma recoge la presunción de origen romano que ha relevado a los hijos nacidos dentro de un matrimonio de tener que probar su filiación paterna: “*el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.*”.

b.- Elementos Definitorios de la Presunción Pater is est

Dado que la regla de origen romano *pater is est quem nuptiae demonstrant* se halla presente en nuestro ordenamiento jurídico gozando del carácter de presunción, es preciso conocer su funcionamiento a través de sus elementos definitorios.

En primer término, debe hacerse una serie de distinciones que se encuentran contenidas en la definición técnico legal que aporta nuestro Código Civil: las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.

De esta definición que aporta el Código Civil patrio en su artículo 1.394, se desprende que las presunciones suponen el concurso de tres elementos constitutivos a saber: 1) el hecho conocido; 2) el hecho desconocido, y; 3) el vínculo de causalidad.

De esta disquisición legal también surge la clasificación de las presunciones en legales y judiciales, las cuales son figuras jurídicas diferentes, dado que la primera categoría requiere siempre de dispositivos técnicos jurídicos que hacen referencia a como debe resolverse un

determinado problema jurídico, en tanto que la segunda clase de presunciones, también denominadas "*hominis*", encuentra su razón de existencia en la labor del juez, quien por la acción de conjeturar, aplicando razonamientos bien de analogía, o inductivo-deductivo, establece la existencia de hechos desconocidos partiendo de hechos conocidos.

De allí que la doctrina es conteste en afirmar, que las presunciones *hominis* tienen una función exclusivamente procesal, al servirle de guía al Juez en el proceso de valoración de las pruebas, ya que de acuerdo con ciertas circunstancias, el Juez deduce una presunción judicial a favor o en contra de la verisimilitud de los hechos que son objeto de prueba y de la franqueza del sujeto que se las hace conocer.

Las presunciones legales en cambio, cumplen una doble función: sustancial y procesal.

Desde el punto de vista sustancial, la función de las presunciones legales, es darle certitud a ciertas circunstancias de orden político, familiar, social, económico y patrimonial, toda vez que para llegar al dispositivo técnico jurídico de carácter sustancial que contiene una presunción, el legislador, tras haber transitado por un proceso inductivo basado en la observación de casos análogos y precisos se orientó en lo que hay de común y constante en esos fenómenos materiales o morales.

Su otra función, la procesal, se ve refleja cuando el hecho presumido se lucha en juicio, en cuyo caso, la presunción tiene el efecto de limitar la prueba del presupuesto fáctico de la norma sustancial, en el sentido que la parte favorecida por la presunción no necesita demostrar el hecho

presumido, bastando tan solo la prueba de los otros hechos que le sirven de fundamento.

Entonces, ¿cómo funcionan las presunciones? No todos estos elementos *ut supra* mencionados escapan de ser objeto de prueba, puesto que quien invoca una presunción como apoyo para su petición, tendrá siempre la carga de demostrar solo el hecho conocido en el cual se funda la presunción, no así el hecho desconocido porque éste se considera probado por la ley, ni el nexo de causalidad porque éste se encuentra reconocido y preestablecido por la misma norma.

Otra distinción que se debe abarcar para establecer las características definitorias de la presunción *pater is est*, es que las presunciones legales, se clasifican en *iuris tantum* y presunciones *iuris et de iure*.

Las presunciones absolutas o también conocidas como *iuris et de iure*, producen una certeza definitiva, en consecuencia no admiten pruebas que las desvirtúen, son indestructibles, definidas por el legislador. En el caso de las relativas o *iuris tantum*, el hecho se considera cierto mientras no se suministre prueba en contrario.

En este orden de ideas se destaca como una de las principales características de la presunción *pater is est*, es que sin duda alguna es de tipo legal, pues se halla contenida en una regla jurídica sustancial (art.201 C.C.) que nació para darle seguridad a una situación de orden familiar, y a la cual arribó el legislador al observar en casos análogos lo que era ordinario y persistente en esa categoría de fenómenos, siendo lo común, que el hijo de

una mujer casada tiene por padre al marido de ésta, en consecuencia, se presume que ello también es así en los casos concretos.

Es por ello, que los efectos sustanciales de la presunción *pater is est* se producen desde el mismo momento del nacimiento del hijo, y además, si el hecho que se presume se discute en juicio, los efectos son igualmente reconocidos en él, ya que demostrados los hechos que le sirven de fundamento (el matrimonio y nacimiento del hijo dentro de éste o de los trescientos días siguientes a la disolución), la parte que niega el hecho presumido debe demostrar que esa persona nacida dentro del matrimonio, es hijo de otro hombre que no es el marido de la madre.

Esto último, es lo que le da a la presunción *pater is est*, el carácter de *iuris tantum* por admitir prueba en contrario.

No obstante esta caracterización, vale la pena resaltar que como bien lo apunta la autora Grosman, C. (1982), la presunción de paternidad del marido se convierte en absoluta cuando por determinadas consideraciones se limita la prueba contraria tendiente a desvirtuarla, por ejemplo, cuando se restringen las personas que pueden ponerla en funcionamiento y los plazos dentro de los cuales se puede promover.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

a.- Generalidades

Las “acciones de estado”, conocidas como aquellas que implican una controversia sobre la filiación y que están orientadas a lograr una decisión judicial que determine la filiación que siempre ha correspondido a una persona, pueden ser de reclamación, cuando se pretende alcanzar un pronunciamiento judicial que la reconozca, o de impugnación, cuando tienden a lograr que se niegue una filiación indebidamente atribuida a una persona por un título.

Así las cosas, las referidas acciones son declarativas de estado y también un mecanismo que permite la investigación de la maternidad o de la paternidad.

Contra esta paternidad derivada de la presunción del artículo 201 del Código Civil Venezolano, se establecen en el mismo texto legal dos acciones, a saber: la acción de desconocimiento y la acción de impugnación de paternidad.

La primera, es el medio que reconoce la ley para desvirtuar la presunción, y tiene el carácter de imperativo y personalísimo, porque solo corresponde al marido de la madre desconocer la paternidad matrimonial.

La segunda, no es más que una excepción a esta última característica que está prevista en el artículo 207 del mismo Código, según la cual:

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

Cualquiera de estas dos categorías de legitimados activos que intente su acción, el objetivo será lograr que se niegue la filiación supuestamente atribuida de manera indebida a una persona que posee título de hijo del marido de la madre.

b. Régimen Normativo Pautado Para Impugnar la Presunción *Pater is* *Est en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*

El Código Civil ofrece a través de un articulado comprimido, una normativa que sirve de base a la fundamentación de las acciones de estado, pero debe observarse que las reglas contenidas en los artículos 201 al 234 del Código Civil, no ofrecen un tratamiento sistémico de los procedimientos judiciales referidos al tema, pero avanza una serie de normas adjetivas especialmente en cuanto al objeto, la legitimación procesal y la admisión o pertinencia de las pruebas.

Dentro de las acciones de filiación legítima que el cuerpo normativo común contiene, existe la acción de desconocimiento, reglamentada en tan solo unos pocos artículos, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212 del Código Civil y es la única que se refiere exclusivamente al elemento paternidad matrimonial y su objeto es desvirtuar y anular solo mediante decisión judicial el funcionamiento de la presunción *pater is est* consagrada en el artículo 201 del Código Civil, que atribuye la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, al marido de la madre.

Al analizarse tales normas, se hace evidente el propósito del Código Civil en la materia, cual es, privilegiar la unión matrimonial y preservarla de las diferentes situaciones que pudieran perturbarla en su integridad, debiéndose destacar que el criterio no es más que la respuesta al pensamiento vigente para la época en que se redactó.

De allí que la cuestión referida a las acciones de impugnación de paternidad responde claramente a este objetivo, puesto que éstas se permiten en casos específicos y con notables restricciones en su ámbito de aplicación.

Entonces, con esos restrictos parámetros, la legislación civil ha pretendido mantener intangible a la familia, aunque exista la certeza dentro de ella, que el marido no es el padre del hijo de la esposa, o desde otro punto de vista, que el hijo tenga que soportar la carencia de certeza en los vínculos biológicos.

En lo que al fundamento de esta acción se refiere, éste se reduce en la doble presunción de que los esposos han cumplido el deber de cohabitación

y de que la mujer ha guardado fidelidad al marido. Así, cuando la mujer no ha cumplido con ese deber, la ley permite al marido el ejercicio de una acción de desconocimiento o bien porque la esposa haya sido infiel o bien, porque ella hubiera concebido el hijo antes de la celebración del matrimonio, época en la cual no tenía ningún deber de fidelidad para con quien luego se ha convertido en su marido.

Como consecuencia de lo expuesto, la acción de desconocimiento de paternidad matrimonial, es entonces una acción de estado con carácter declarativo, porque tiene por fin, poner de manifiesto la falta de vínculo biológico preexistente, es decir, que el marido no es el padre del hijo de la esposa, y que es una acción de desplazamiento, porque persigue la exclusión de la paternidad matrimonial, quedando -el hijo-, sin el vínculo acreditado en virtud del matrimonio y que además produce un efecto retroactivo al tiempo de la concepción.

Así que, intentada la acción y obtenida la decisión judicial que la decreta ha lugar, sólo subsistirá la maternidad extramatrimonial y la posibilidad para el hijo de ser reconocido por el verdadero padre, o bien, la consiguiente acción de reclamación de la filiación en su contra a los fines de establecer judicialmente el vínculo.

b.1 Legitimación

Según las previsiones del artículo 202, 203, 204, 205, 206 y 207 del Código Civil, la titularidad de la acción de paternidad matrimonial sólo corresponde al marido de la madre del hijo, mientras éste viva, al punto que ni siquiera el tutor del marido entredicho puede intentarla en su nombre –

Art.206 del C.C.V.-, de allí que se afirme que la acción es de carácter personalísimo.

Las razones por las cuales el legislador ha reservado exclusivamente la acción al marido, se fundamentan en el ultraje moral que afecta directamente al marido, y que lo coloca como la primera víctima del hecho.

Dado que en esta acción el interés moral se superpone a cualquier interés material, de allí que la ley ha dejado al arbitrio del esposo la posibilidad de optar por atacar la presunción o de acoger al hijo de su mujer como si fuere producto de las legítimas relaciones, a los fines de evitar la vergüenza que un juicio de este tipo representa.

En consecuencia, cuando la acción haya sido promovida por una persona distinta al marido, se le puede oponer en el lapso de litiscontestación la excepción por falta de cualidad o interés.

Excepcionalmente, si el marido muere sin haber intentado la acción de desconocimiento, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, los herederos tendrán dos (2) meses para impugnar la paternidad, contados desde el día en que el hijo haya entrado en posesión de los bienes *de cuius* o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquel con tal posesión.

De este supuesto se desprende, en primer lugar, que el interés deja de ser netamente moral y adquiere el carácter familiar y pecuniario, cuando

surge la posibilidad de que los herederos del marido puedan ejercerla, en cuyo caso, la ley toma en cuenta ciertas condiciones, como la sucesoral.

En segundo lugar, los herederos del marido, pueden ejercer la acción, pero en dos únicos casos excepcionales:

Primer supuesto: si el titular de la acción fallece sin haberla intentado, pero antes de que la misma haya caducado –artículo 207 C.C.V. Por interpretación *contrario sensu*, si el marido fallece habiendo dejado transcurrir el tiempo en que podía ejercerla, o hubiere renunciado a ella, los herederos tampoco podrían ejercerla.

Segundo supuesto: que el marido hubiere intentado la acción, y posteriormente hubiere fallecido. Se aclara que la ley no dice nada al respecto, pero desde el punto de vista procesal, nada obstaría para que los herederos puedan continuarla, siempre que en el juicio no haya habido sentencia definitiva de fondo.

Respecto a la legitimación pasiva, el Código Civil en su artículo 208 ha sido muy preciso en señalar que la acción para impugnar la paternidad se intentará conjuntamente contra el hijo y la madre, y si el caso es, que el hijo está entredicho, el Tribunal ante el cual se intente la acción le nombrará un tutor *ad-hoc* que lo represente en el juicio.

Surge indefectiblemente en el ejercicio de esta acción, la figura del litis consorcio pasivo necesario, el cual existe, no sólo en los casos que así lo ordena la ley, sino en todas las otras situaciones en las que por el ejercicio

de determinada pretensión, se persiga el cambio de una relación o un estado jurídico determinado, ya que lo que existe lógicamente y jurídicamente como unidad compuesta por varios sujetos no puede dejar de existir como tal, sino respecto a todos.

Respecto a esto último cabe explicar, que resulta obvio que la acción debe dirigirse contra el hijo porque en un juicio de esta naturaleza se ven comprometidos muchos de sus derechos civiles, debido a que si se ataca precisamente su paternidad, y la acción prospera, queda emplazado en la condición de hijo extramatrimonial de la madre.

Ahora bien, según la previsión del Código Civil, debe demandarse obligatoriamente a la madre cuando se ejerce esta acción, porque en el juicio se debaten precisamente su conducta y la posibilidad de que haya tenido relaciones sexuales con un tercero

Entonces ¿qué sucede cuando es la madre, el hijo o un tercero que no es siquiera uno de los herederos del marido, quien intenta la acción de impugnación de paternidad?

Para responder a la interrogante, lo primero a saber, es que la capacidad procesal y legitimación o cualidad, son nociones distintas. La diferenciación se apunta, por cuanto han sido trabajados por algunos juristas como una misma.

Cabe aclarar entonces que, la capacidad procesal o *legitimatío ad processum*, va referida a quien puede estar en un proceso como parte, y es

un presupuesto para la validez del proceso. La *legitimatio ad causam*, se refiere a quien tiene el derecho para sostener la causa en un proceso como parte, por tanto, es una condición para la actuación de la jurisdicción sobre lo que se pretende.

Ortiz, R. (2004), da una definición de *legitimatio ad causam* o cualidad, apuntando lo siguiente:

“Es sinónimo de la cualidad que otorga la ley para que un determinado sujeto pueda poner en movimiento la actuación jurisdiccional o frente al cual se actúa la jurisdicción, sea bajo el alegato y pedido de un interés propio o la actuación del ordenamiento jurídico bajo la concepción de un interés jurídico, legítimo y suficiente. Se trata, como dice Loreto, de una cuestión de identidad lógica entre la persona a quien la ley concede el derecho o poder jurídico o la persona contra quien se concede, y la persona que lo hace valer y se presenta ejercitándolo como titular efectivo o contra quien se ejercita en tal manera”.

Conforme a lo anterior, la *legitimatio ad causam* o cualidad alude a la atribución del derecho a un determinado titular, para que éste pueda poner en movimiento la actuación de un órgano jurisdiccional, sea bajo el argumento de un interés propio o por la actuación del ordenamiento jurídico bajo la concepción de un interés jurídico, legítimo y suficiente.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al tratar el punto de la *legitimatio ad causam*, no solo apunta una definición sino que también, la forma como debe proponerse y declararse la falta:

“Ahora bien, la *legitimatio ad causam* es uno de los elementos que integran los presupuestos de la pretensión, entendidos éstos como los requisitos para que el sentenciado pueda resolver si el

demandante tiene el derecho a lo pretendido, y el demandado la obligación que se le trata de imputar; la falta de legitimación acarrea ciertamente que la sentencia deba ser inhibitoria; no se referirá a la validez del juicio ni a la acción, sólo será atinente a la pretensión, a su presupuestos. Se trata pues, de una valoración que debe realizar el sentenciador sobre la pretensión, para poder proveer sobre la petición en ella contenida. Así, señala Devis Echandía:

Como se ve, la legitimación es, en realidad, un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, entendiendo el concepto en su verdadero sentido; es decir, que sea procedente la sentencia de fondo. Forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general, pero si falta es más apropiado decir que ésta es improcedente, porque así se da mejor idea de la situación jurídica que se presenta; no procede entonces resolver sobre la existencia del derecho o relación jurídica material, y el juez debe limitarse a declarar que está inhibido para hacerlo. Y se debe hablar de demanda infundada, cuando no se prueba el derecho material alegado o cuando aparezca una excepción perentoria que lo desvirtúe o extinga (ver Hernado Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá 1961. Pág. 539).

En el Procedimiento Ordinario Civil tal examen previo no puede resolverse *in limine*, porque no atañe a la validez de la acción, ni siquiera a la del proceso; sólo puede realizarlo el juez al momento de entrar el juicio en el conocimiento del fondo, por ser el examen de los presupuestos de la pretensión.”¹.

Como se observa, es criterio de la Sala Constitucional, conocer acerca de la *legitimatio ad causam* al momento del conocimiento del mérito del asunto, sin embargo, para algunos juristas, excepcionalmente puede proponerse como un supuesto de inadmisibilidad.

¹ Sentencia N° 915 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 15 de mayo de 2002 (caso: *Compañía Operadora Venezolana de Pesqueros COPEVESCA*).

Así por ejemplo, Ortiz, R acota que la regla general es que la falta de cualidad no debe decidirse *in limine litis*, pero que excepcionalmente cuando la falta es tan evidente, patente o manifiesta, el juez pudiera decretar la improponibilidad subjetiva de la pretensión como un supuesto de inadmisibilidad.

Por otra parte, Loreto (citado por Ortiz, R., 2004), explica que la falta de cualidad activa y pasiva puede funcionar como causa de inadmisibilidad de la demanda y también como causa de que se la considere infundada. El reconocido tratadista, explica que en términos de la doctrina moderna del proceso, la falta de cualidad puede asumir dos funciones distintas: como presupuesto procesal y como condición de la acción. Que en el primer caso, la falta de cualidad no conduce a una sentencia de mérito ya que, la excepción alegada tiene como único fin impedir que se entre a discutir sobre el fondo del asunto. Y en el segundo caso, “la excepción de falta de cualidad no impide que se pase a la discusión del fondo, antes bien, presuponiéndola, tiene por objeto declarar la demanda infundada”.

Contra estas otras opiniones, se reitera que el examen de la falta de cualidad debe hacerla el juez en el momento del conocimiento del fondo de la controversia, por ser este el criterio de la doctrina en general y de la pacífica y reiterada jurisprudencia nacional.

Aclarado el punto, entonces resta responder a esta otra interrogante:

¿Constituye un deber de las partes alegar la falta de legitimación?

Como en *ítems* anteriores se ha señalado, tratándose de un tema en el cual está interesado el orden público, alegada o no la falta de cualidad en la *litis contestación*, en caso de verificarse, ésta puede ser decretada aún de oficio por el Juez, por lo que se reitera que es importante tener claro que el ejercicio de la acción sólo le corresponde al marido de la madre, y en caso de muerte de aquél, a los hijos de éste cuando se encuentren ceñidos a unos supuestos expresamente distinguidos en la ley, existiendo siempre que se intente esta acción, un *litis consorcio pasivo necesario* integrado por la madre y el hijo.

b.2-Caducidad

La acción de desconocimiento de la paternidad, está sometida a la regla de caducidad prevista por el artículo 206 del citado Código Civil, al disponer:

Artículo 206: La acción de desconocimiento no se podrá 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”.

Cuando la acción es ejercida por el marido de la madre, la posibilidad de intentar la acción caduca, en principio, a los seis meses contados desde la fecha de nacimiento del hijo. Pero, cuando ha habido ocultamiento del nacimiento del hijo, el lapso para ejercer dicha acción, corre desde la fecha cuando se descubre el fraude, se trata entonces, de un lapso de caducidad

especial, pues la misma queda en suspenso cuando ha habido ocultación del nacimiento por parte de la madre.

En el supuesto de interdicción del marido, el lapso comienza a correr desde su rehabilitación, por dos razones: 1) que durante la interdicción se haya en estado de absoluta incapacidad, y; 2) porque el derecho de desconocer es exclusivamente personal, no pudiendo ser ejercido por tutor alguno, a lo cual es de recordar, que con el ejercicio de la acción en manos del marido, el legislador ha pretendido proteger su interés moral.

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

Ahora bien, los plazos que establece la ley para intentar la acción, en cualquiera de los supuestos, son de caducidad, pues a diferencia de la prescripción, es una cuestión en el que está interesado el orden público, en razón a que el estado civil de las personas no debe permanecer indefinidamente en suspenso, de modo que al vencimiento del plazo, se extingue de pleno derecho la acción de desconocimiento.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha definido tales plazos como de caducidad en numerosas sentencias, de las cuales se recoge la siguiente:

La Casación venezolana ha establecido que hay caducidad cuando el ejercicio de un derecho o la ejecución de un acto, depende de que lo sea dentro de un espacio de tiempo predeterminado, ya sea por disposición legal o por convenio de las partes interesadas; es decir, que el término está así tan identificado con el derecho, que transcurrido aquel se produce la extinción de éste, por lo que bastaría comprobar dicho transcurso para dar por sentado que el derecho-habiente remiso renunció a su derecho si dejó de actuar cuando le era obligatorio hacerlo. La caducidad hace que la acción carezca de existencia y no pueda ser materia de debate judicial.

La doctrina por su parte ha señalado que, cuando la ley somete a un lapso de caducidad la posibilidad de hacer valer un derecho ante los órganos jurisdiccionales, una vez transcurrido el tiempo hábil para hacerlo, el derecho no desaparece, lo que se pierde es el derecho a la tutela jurisdiccional, por lo tanto, su titular no podrá ejercer válidamente el derecho de acción para dar inicio a un proceso judicial.

Entonces cabe precisar, 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.

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 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.

Situación diferente, aunque utilizada equivocadamente como argumento por la parte actora y recurrente, es la resuelta por la jurisprudencia al interpretar el alcance del artículo 228 del Código Civil que trata sobre la imprescriptibilidad de las acciones de la paternidad y de la maternidad frente al padre o la madre. La norma citada dispone, igualmente, que dichas acciones no podrán intentarse contra los herederos del padre o de la madre sino dentro de los cinco (5) años siguientes a su muerte. A esta última disposición le fue atribuida durante muchos años los efectos de la caducidad. Doctrina de la Sala de Casación Civil, inicialmente, y, posteriormente, tribunales de instancia han interpretado, en cambio, que es de prescripción el lapso fijado para el ejercicio de las acciones de inquisición o establecimiento de la paternidad o de la maternidad, y que, por tanto, dicho lapso puede ser interrumpido.

La sentencia recurrida alude al criterio de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, que decidió que el interés superior del niño en conocer a su presunto padre, mediante demanda interpuesta contra los herederos de éste, hacía admisible la demanda, no obstante haber transcurrido cinco años previstos en la ley. (Artículo 228 del Código Civil).

Couture, en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, sostiene que un juicio de establecimiento de la paternidad, puede terminar por caducidad del plazo dado al padre para interponer la acción, pero nada impide que esa misma cuestión se promueva nuevamente por el hijo, en interés de éste, una vez adquirida la mayoría de edad.

La desaplicación de una disposición legal por colisión con la Constitución (artículo 20 del Código de Procedimiento Civil), debe estar debidamente motivada y fundamentada. Aceptar como válida en tal sentido la alusión, en términos generales, al interés superior del menor, como pretende la parte recurrente en el caso examinado, sin explicar en qué sentido obra el interés protegido, puede conducir al abuso de poder. No es cierto que la denegación de la paternidad, en sí misma, sea del interés superior del menor, pues no puede serlo cuando exista la amenaza de que el hijo pierda la certeza de quien es su padre, lo cual sólo podría ser admitido si se prueban las circunstancias de hecho que lo justifican, dentro de un proceso que obedezca al ejercicio oportuno de una acción. No hay justificación para extender el lapso para el ejercicio de la acción de denegación de la paternidad, en perjuicio del hijo².

Así las cosas, intentada la acción luego de transcurrido los plazos del artículo 206 del Código Civil, la parte demandada puede excepcionarse en el juicio que se intente en contra, de modo tal, que pasados los plazos sin haberla intentado, el hijo adquiere irrevocablemente la legitimidad que se deriva por haber nacido durante el matrimonio.

Finalmente, cabe agregar, que de igual forma que sucede con la falta de legitimidad, tratándose de un tema en el cual está interesado el orden público, alegada o no la caducidad, en caso de verificarse, ésta puede ser decretada aún de oficio por el Juez,.

² Sentencia N° 019 de la sala de Casación Social, de fecha 20 de enero de 2004(Caso: *José Rafael Monasterios Torrealba contra Ana Carolina Ramírez y su hija*)

b.3.-Efectos de la Sentencia

En cuanto a los efectos de la sentencia que acoge la demanda de impugnación de la paternidad, estos se resumen en el desplazamiento del hijo del estado de hijo matrimonial, quedando por tanto emplazado como hijo extramatrimonial de la madre y sin paternidad acreditada.

Por ese efecto de desplazamiento, reiteradamente la jurisprudencia nacional, ha afirmado que la acción de desconocimiento no está establecida por ley en beneficio del hijo, y no puede invocarse en atención del “interés superior del niño, niña o adolescente”, pues la presunción que resulta desvirtuada por aquella, lo que hace es relevar al hijo de tener que efectuar la prueba de su paternidad.

CAPÍTULO III

NUEVOS AVANCES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN EL TEMA DE LA IDENTIDAD BIOLÓGICA

a.-Normas y Principios Orientadores

En primer término debe hacerse referencia, a los artículos 56 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, normas que tienen incidencia directa en el tema que nos ocupa, al referirse, el primero, –entre otros aspectos-, al derecho a la identidad biológica y la garantía que debe ofrecer el Estado a las personas en la investigación de la maternidad y la paternidad.

Y el segundo al disponer que la legislación, órganos y tribunales especiales deban respetar, garantizar y desarrollar los contenidos de la Constitución, leyes internas y cuerpos normativos internacionales suscritos y ratificados por la República.

Los mencionados artículos de la Carta Magna, refiriéndose particularmente al tema, establecen lo siguiente:

“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 tiene 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. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.”.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Ambas normas han sido interpretadas por la Sala Constitucional de del Tribunal Supremo de Justicia, tal como lo hizo en importante sentencia que a continuación se transcribe, en cuyo caso, conociendo de en un recurso de interpretación interpuesto por El Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, destacó la primacía de la identidad biológica, y de cuyo contenido interesa destacar lo siguiente:

(...) 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 atención a ello, se debe destacar que es en la identidad de cada persona que se encuentra la específica verdad personal,

que es el conocimiento de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela conocer y desentrañar. Ese derecho se encuentra mancillado cuando el acceso a la verdad biológica es obstruido o negado, por el simple formalismo de un positivismo exegético que no atiende a la realidad fáctica y jurídica de una nación, y que tampoco aprecia el efectivo desarrollo y garantía de los derechos constitucionales.

En tal sentido, se aprecia que la comprobación científica y real de la identidad biológica, tiene relevancia en dos escenarios, el primero se verifica en el interés social, en el que está involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y el segundo en el interés privado de conocer su identidad genética y tener derecho a dicho conocimiento.

En consecuencia, se advierte que el artículo 56 del Texto Constitucional tiene como finalidad de propender el conocimiento y certificación de la verdad biológica independientemente del estado civil de los ascendientes, por cuanto el enclaustramiento o reserva del origen es lo que se tiende a evitar y lo que se trata de dilucidar con esta prueba médica (ADN)³.

Paralelo a ello, cabe señalar que a través de los artículos 19, 23, 31, 78, 281.1, y 285.1 de la Carta Fundamental, se han incorporado al texto constitucional una serie de tratados internacionales referidos a los derechos humanos, dentro de los cuales, varias de sus normas concurren para salvaguardar por vía indirecta, las garantías del mencionado artículo 56.

Bajo el esquema en que se incorporan los acuerdos, cabe acotar que estos convenios internacionales adquieren rango constitucional, y por tanto, sus normas son de una jerarquía superior a las leyes, esto trae aparejado

³ Sentencia N° 1443 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 14 de agosto de 2008 (caso: *Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente*).

que la legislación interna debe ser confrontada en cada caso con las normas internacionales, ya que aquellas no podrán estar en contradicción con éstas.

Dentro de los tratados que han sido incorporados al texto constitucional, es posible destacar por su directa incidencia en la materia de filiación, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Ahora bien, sin que signifique un análisis pormenorizado de cada una de las convenciones, a continuación se señalan puntos esenciales que deben ser tomados en cuenta por los jueces a la hora de interpretar las normas de derecho interno relativas a la filiación, en tal sentido, corresponde puntualizar los siguientes principios:

-Principio de la no discriminación: este principio comprende de manera fundamental a los hijos sin que se pueda efectuar distinciones en cuanto a sus derechos, según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

El artículo 17, inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, menciona expresamente la necesaria igualdad de derechos entre todos los hijos.

A su vez, el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño repite este principio sustancial de sus derechos, por lo que no cabe efectuar distinciones que no respondan a una realidad jurídica diferenciada.

Reza textualmente el prenombrado Artículo 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”.

Concomitante con este principio respecto de los hijos, también existe el principio de no discriminación con relación a la mujer, resultante de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Es claro que en materia de filiación, si bien se han eliminado numerosos supuestos de derechos diferenciados, sin embargo, constituye un caso que implica discriminación respecto de la mujer, cuando no se le reconoce acción por derecho propio para impugnar la paternidad que es atribuida por el artículo 201 del Código Civil a su marido, mientras que éste se encuentra legitimado para impugnar la maternidad de ella.

-Principio de Interés Superior del Niño: este principio supone que todas las medidas concernientes a los niños, niñas y adolescentes, que adopten las instituciones públicas, privadas, tribunales, órganos legislativos, autoridades administrativas y auxiliares, deberán atender primordialmente al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Esta es una pauta que debe ser atendida ineludiblemente, así lo disponen el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña o Adolescente, y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, es posible que el “interés superior del niño” quede como una definición un tanto abstracta, pero no es dable concretarle porque perdería el carácter de principio rector para la resolución de los derechos en pugna. Tampoco es posible efectuar un enunciado concreto de todas las situaciones beligerantes en que se deberá tener en cuenta el interés superior del niño, pero éste debe estar implícito o explícitamente en toda resolución que se adopte y en la interpretación que se haga de las normas vigentes.

Así que, frente a cualquier conflicto que se presente al confrontarse un derecho del niño con un derecho de alguno de los padres o de terceros, el principio del interés superior del niño debe aplicarse con el mismo criterio, es decir, adoptarse una solución a un conflicto, con especial consideración del derecho del niño, a su identidad, a su integridad, etc.

En este orden de ideas, es de señalar que el derecho que tienen niños y adolescentes como personas en desarrollo a buscar sus lazos de genealogía, se encuentra estrechamente vinculado a su interés superior y, por ende, no puede estar condicionado o restringido, por el contrario, se trata de un derecho de la personalidad consagrado en el marco constitucional y legal vigente como se ha destacado *supra*.

-Derecho a la Identidad biológica: Según este principio, para que una persona pueda ejercer su derecho a la identidad biológica, le resulta imprescindible que sepa quien es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres, no hay otra forma de poder hacer efectivo este derecho, toda vez que tal como lo señala la jurisprudencia patria “la identidad

biológica está determinada por un patrimonio genético propio e irrepetible de la persona, heredado de los progenitores a través de los cromosomas, portadores de los miles de genes que conforman a cada ser humano.”.

En el plano jurídico, este derecho a la identidad ha quedado supremamente acogido por el ordenamiento interno, y como derecho ha de ser cuidadosamente garantizado por el Estado.

Además, de estar claramente receptado en el ya mencionado artículo 56, en materia de tratados internacionales, el artículo 7, numeral 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, también consagra tal derecho, por supuesto, en pro de los de los derechos de los niños a conocer a sus padres en la medida de lo posible.

El artículo 8, numeral 1°, por su parte, dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Con mayor especificidad, el numeral 2°, dispone que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos de ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada para reestablecer rápidamente su identidad.

De manera pues, que con todas estas normas de suprema jerarquía, el Estado venezolano se encuentra obligado no sólo en el plano jurídico nacional sino internacionalmente, a garantizar el respeto y resguardo del derecho a la identidad, como sobrentendido al desarrollo del ser humano dentro de la sociedad y como elemento definidor de su conducta y desarrollo individual.

Con todas estas normas así dispuestas, corresponde subrayar que cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentra expresado en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado de familia que corresponde con su relación de sangre, y para ello, deberá contar con las acciones pertinentes tanto para destruir un emplazamiento que no coincide con dicho vínculo, como para obtener el emplazamiento que logre la debida concordancia.

De allí que la reflexión en cuanto al alcance del derecho a la identidad deba hacerse a la luz de los mencionados principios, consagrados tanto constitucionalmente, como en la ley especial aplicable en materia de protección a la niñez y a la adolescencia y ello, conduce inapelablemente a encuadrar tal ejercicio interpretativo por parte de los jueces en el ámbito de los mencionados derechos inherentes a la personalidad.

b.- Nuevos Avances Legislativos. Alcance del Nuevo Procedimiento de Reconocimiento Establecido Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

Con la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.733 del 20 de septiembre de 2007, se puede afirmar que la legislación en materia de acciones de estado ha evolucionado, pues esta novísima Ley, entre otras cosas, contempla nuevas formas de abordar el problema del establecimiento de la filiación paterna de hijos productos de relaciones extramatrimoniales, al punto que impone a la madre el deber de informar al momento de la presentación del hijo ante el Registro Civil la identidad del presunto padre para que éste, previa notificación, comparezca a reconocer o no su paternidad.

Así pues, el procedimiento de reconocimiento establecido en la nueva Ley, se inicia cuando la madre acude a realizar la presentación, y bajo el supuesto que el padre y la madre de la niña o el niño no estén unidos por un vínculo matrimonial o una unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

Llama la atención como el artículo 21 de la mencionada ley tipifica como delito la declaración falsa que la madre pudiere dar respecto a la identidad del padre, lo que lleva a pensar que independientemente del estado civil que ostente, o de las circunstancias que rodean el hecho de la concepción y nacimiento del hijo, con la declaratoria de la verdad so pena de proceso penal, la Ley propende al establecimiento de la identidad biológica por sobre la legal, relegando incluso a un segundo plano la supremacía de la presunción *pater is est*.

Lo anterior tiene mayor asidero, pues los dos únicos casos en los cuales la Ley excepciona a la madre para negarse a identificar al progenitor al momento de la presentación ante el Registro Civil, son cuando el embarazo haya sido producto de violación o que haya habido incesto, con la salvedad que haya sido debidamente denunciado ante autoridad competente, en cuyo caso, la niña o el niño quedará inscrito con los apellidos de la madre.

Hecha la declaración, surge de inmediato una obligación para el Registrador Civil, quien conforme al artículo 22 de la mencionada ley, debe proceder a elaborar el Acta de Nacimiento inmediatamente después de la presentación.

Levantada el Acta, corresponde entonces notificar a la persona señalada como padre, dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de

presentación, a los fines que comparezca ante el Registrador Civil a reconocer o no la paternidad que le fue atribuida, lo cual, debe ocurrir dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación.

Expedida la notificación de la persona señalada como padre del niño, si éste reconoce su paternidad se dejará constancia de ello en el expediente abierto y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo, debiendo el funcionario competente expedir una nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la anterior, en la cual no se hará mención alguna del procedimiento.

Si el caso es que la persona señalada como padre del niño, negare la paternidad, se podrá solicitar la práctica de una prueba de ADN u otra experticia para comprobar la paternidad. Si éste se negare se considerará esta negativa como un indicio en su contra, tal como lo ha establecido la jurisprudencia al respecto.

Si del resultado de la referida prueba se comprueba la paternidad, se dejará constancia de ello en el expediente abierto y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo, debiendo el funcionario competente expedir una nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la anterior, en la cual no se hará mención alguna del procedimiento.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 30, si existiese disconformidad con los resultados de la prueba de filiación biológica, la madre o la persona señalada como padre podrán acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes a intentar las respectivas acciones judiciales que estimen pertinentes.

Por último, en el supuesto caso que transcurrido el lapso de comparecencia, la persona señalada como padre no acuda a aceptar o negar

su paternidad, las actuaciones deberán ser remitidas al Ministerio Público con competencia en la materia de protección de niños, niñas o adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente.

Así las cosas, los juicios de inquisición de paternidad quedan reservados a los casos en que el padre que no reconozca su paternidad, se niegue a practicarse la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia a tal fin ordenada por la autoridad civil, o a los casos de disconformidad con los resultados de la prueba.

Asimismo, debe reiterarse que en caso de controversia que verse sobre el respectivo reconocimiento por pretender ciertos derechos filiatorios sobre un hijo, el ordenamiento jurídico contempla las acciones de inquisición o desconocimiento de paternidad, según sea el supuesto respectivo, ante los órganos jurisdiccionales competentes, sin que ello implique un menoscabo del derecho de identidad que debe asegurarse a los hijos.

Queda claro entonces, que dentro de este procedimiento especial de reconocimiento de paternidad, entran los hijos nacidos en una relación de adulterio, quienes ahora no deberían verse restringidos en la búsqueda de la verdad biológica por el imperio de la presunción *pater is est*, lo cual se deduce porque para la Ley, los dos únicos casos en los que se releva a la madre de declaración de paternidad biológica son, la violación o el incesto.

Las normas que develan el procedimiento actual de reconocimiento, anteriormente mencionadas, todas dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil de 1982, guardan correspondencia con los postulados de la doctrina de la protección integral cuyo principio rector para la aplicabilidad de la ley antes referida y para la toma de decisiones en materia de infancia, es el interés superior del niño. Por el contrario, el

legislador de 1982, según se desprende de la interpretación doctrinaria que se le ha dado al artículo 201 y siguientes del Código Civil, pretendió tutelar con ella el interés de la familia.

De allí que se pueda afirmar, que las mayores restricciones procesales subsisten para los nacidos y registrados antes de la entrada en vigencia de la recién mencionada Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

b.1.-Las Disposiciones Derogatorias de Uso judicial:

A los fines de evaluar los avances que de cara a la Constitución viene adoptando nuestra legislación, debe hacerse mención a las disposiciones transitorias previstas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, específicamente en el artículo 684 que deroga todas las disposiciones contrarias a dicha Ley.

En tal sentido, la propia exposición de motivos refiere:

(...) Las disposiciones finales se circunscriben a derogatorias expresas y tácitas y a la *vacatio legis*. Sobre este particular se impone comentar que por virtud de la organicidad, especialidad y posterioridad de la ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le son contrarias, previstas en leyes ahora vigentes (...).

En el mismo sentido, debe hacerse mención a la disposición derogatoria prevista en la Ley para la Protección de las Familias, La Maternidad y la Paternidad, publicada en Gaceta Oficial N° 356.985, el 20 de septiembre de 2007, que también suprime las disposiciones que la contravengan.

El uso judicial que se le puede dar a estas derogatorias para la resolución da este tipo de controversias, ya se ha puesto de manifiesto, así por ejemplo, la Sala de Casación Social en su sentencia N° 148, de fecha 4 de marzo de 2010, caso Emilia Isabel Infante Rivas contra Yolimar Alejandra Hernández Díaz, conociendo de un recurso de casación, hace permisible bajo la orientación de la disposición derogatoria de dicha ley especial que rige la materia de niños, niñas y adolescentes, la desaplicación para ese caso en concreto de la traba procesal que representaba la caducidad señalada en el artículo 228 del Código Civil, por lo que en casación el asunto terminó con la aprobación del criterio del Juez de la recurrida, quien por el método del control difuso de la Constitución consideró reñido tal dispositivo técnico legal con los artículos 56 y 78 del texto constitucional, salvaguardando de esta manera el derecho a la identidad.⁴

c.- Avances Jurisprudenciales

Como ha quedado reflejado a lo largo del estudio, la evolución de los derechos en materia de estados familiares, por largo tiempo ha estado morosa en el plano infraconstitucional, sin embargo, es innegable que la progresión doctrinaria y jurisprudencial ha sido relativamente reciente.

En el plano jurisprudencial, actualmente la problemática se aborda con miras a aportar soluciones coherentes con los postulados constitucionales. Así pues, el Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en sus Salas Constitucional y Social, ha afrontado de otra forma los valores que persigue la sociedad venezolana en la actualidad, al señalar que estos son otros y están dirigidos al rescate de las relaciones humanas basadas en el respeto mutuo y la solidaridad, en las que deben prevalecer los derechos humanos

⁴ Sentencia N°148 de la Sala de Casación Social, de fecha 4 de marzo de 2010 (Caso: *Emilia Isabel Infante Rivas contra Yolimar Alejandra Hernández Díaz*).

frente a los derechos patrimoniales, cuestión que resulta marcadamente diferenciada al confrontarse los viejos criterios interpretativos estrictamente atentos al Código Civil patrio.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Social en la mencionada sentencia N° 148, de fecha 4 de marzo de 2010, reconoce en la actualidad el derecho que tienen niños y adolescentes como personas en desarrollo a buscar sus lazos de genealogía, se encuentra estrechamente vinculado a su interés superior y, por ende, no puede estar condicionado o restringido, en tanto y en cuanto ello no comporta la violación de derechos de terceros, no afecta el bien común; por el contrario, se trata de un derecho de la personalidad consagrado en el marco constitucional y legal vigente.

Lo que en el pasado era impensable, la máxima Tribuna en el conocimiento de un recurso de casación, conciente la aplicación del método del control difuso de la Constitución para desaplicar la traba procesal que representaba la caducidad señalada en el artículo 228 del Código Civil, lo cual impedía a la actora de ese caso en concreto, el ejercicio de su derecho a un nombre propio, el apellido del padre o de la madre, y en definitiva, conocer la identidad de los mismos.⁵

Sirve también de ejemplo respecto a esta nueva visión jurisprudencial sobre las acciones de estado, el reconocimiento que hace la Sala de Casación Social, de nuevas formas de abordar el problema del establecimiento de la filiación paterna de hijos productos de relaciones extramatrimoniales, imponiendo a la madre el deber de informar al momento de la presentación del hijo ante el Registro Civil la identidad del presunto

⁵ Sentencia N°148 de la Sala de Casación Social, de fecha 4 de marzo de 2010 (Caso: *Emilia Isabel Infante Rivas contra Yolimar Alejandra Hernández Díaz*).

padre para que éste, previa notificación, comparezca a reconocer o no su paternidad.

Mayor avance representa la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 1443, de fecha 14 de agosto de 2008, caso: Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, la cual conociendo de un recurso de interpretación, estableció la siguiente doctrina que marca un adelanto en cuanto a la problemática que se aborda en el presente trabajo:

En consecuencia, del contenido de las mencionadas disposiciones, se observa que el referido procedimiento se inicia cuando la madre haya acudido a realizar la presentación, y cuando el padre y la madre de la niña o el niño no estén unidos por un vínculo matrimonial o una unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

Realizada la presentación por ante el Registro Civil, surge de inmediato una obligación para el Registrador Civil conforme al artículo 22 de la mencionada ley, en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de elaborar inmediatamente después de su nacimiento el Acta de Nacimiento del Menor, independiente del estado civil de los padres, previa advertencia a la madre de los efectos de una declaración dolosa –artículo 21-.

Expedida la notificación de la persona señalada como padre del niño, si la persona señalada como padre reconoce su paternidad se dejará constancia de ello en el expediente abierto y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo, debiendo el funcionario competente expedir una nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la anterior, en la cual no se contendrá mención alguna del presente procedimiento.

No obstante, si la persona señalada como padre del niño, negare la paternidad, se podrá solicitar la práctica de una prueba de ADN u otra experticia para comprobar la paternidad, si éste se negare se considerará esta negativa como un indicio en su contra, tal como lo ha establecido la jurisprudencia al respecto.

Si del resultado de la referida prueba se comprueba la paternidad, se dejará constancia de ello en el expediente abierto y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo, debiendo el funcionario competente expedir una nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la anterior, en la cual no se contendrá mención alguna del presente procedimiento.

Asimismo, cabe destacar que conforme a lo dispuesto en el artículo 30, si existiese disconformidad con los resultados de la prueba de filiación biológica, la madre o la persona señalada como padre podrán acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes a intentar las respectivas acciones judiciales que estimen pertinentes.

Por último, debe destacarse que ante la ausencia inicial en el procedimiento establecido en la referida ley, sin que la persona señalada como padre acuda a reconocer o negar su paternidad, deberán remitirse las actuaciones al Ministerio Público para que proceda a iniciar el procedimiento de filiación correspondiente.

En concordancia con lo expuesto, debe reiterar esta Sala que constituye una obligación para los Registradores Civiles garantizar el derecho de identidad de todo niño, por lo que, ante el reconocimiento voluntario efectuado por los padres unidos en un vínculo matrimonial o unión estable de hecho, o ante la solicitud de éstos por no estar unidos los padres biológicos en el supuesto anterior, deben los referidos funcionarios expedir el Acta de Nacimiento inmediatamente y abrir el procedimiento administrativo establecido en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

Asimismo, debe reiterarse que en caso de controversia que verse sobre el respectivo reconocimiento por pretender ciertos derechos filiatorios sobre un hijo, debe destacarse que el ordenamiento jurídico contempla las acciones de inquisición o desconocimiento de paternidad, según sea el supuesto respectivo, ante los órganos jurisdiccionales competentes, sin que ello implique un menoscabo del derecho de identidad que debe asegurarse a los hijos.

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 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 Venezuela⁶.

Hemos considerado idóneo traer a colación los mencionados criterios sentados en las referidas sentencias, pues con ellas se puede afirmar que la realidad es que los destinatarios han puesto en evidencia cuáles son los modelos de relaciones sociales en la actualidad; que los accionantes buscan con sus demandas la correspondencia de los elementos que componen la relación filial y viven como injustas las trabas legales que se oponen a tal propósito; que hoy día existe en los considerandos una mayor atención a las conductas reales, paralelamente, un reconocimiento legislativo y jurisprudencial de la preeminencia del texto constitucional y de la legislación especial que rige la materia sobre cualquier otro texto legal; y que la adecuada solución a los conflictos que se producen estará en manos de la labor interpretativa del Juez en cada caso en concreto, guiado por los principios supremamente estatuidos en el sistema de filiación, ello, hasta tanto no surja un cambio legal que ponga armonía a toda la normativa que rige la materia.

⁶ Sentencia N° 1443 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 14 de agosto de 2008 (caso: *Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente*).

CONCLUSIONES

Las relaciones entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico pueden presentar concordancias o discordancias, según que el primero se encuentre plenamente receptado en el ámbito del derecho o bien que ello no haya ocurrido.

Estas divergencias, pueden tener lugar por la inacción del legitimado, por la imposibilidad de prueba o por una prohibición legal. Las mismas cesan, cuando el vínculo resulta impuesto por una sentencia que tiene acreditada la relación de sangre.

Puede suceder que falte el vínculo jurídico porque sea la propia ley que no permite este emplazamiento. Dentro este supuesto, es claro que se encuentran los hijos adulterinos quienes no tienen acción para reclamar el emplazamiento filial.

En la actualidad, esta falta de legitimación para promover la acciones que tiendan a permitir el emplazamiento familiar acorde con la realidad biológica, se encuentra en la restringida posibilidad que los artículos 202, 203, 204, 205 y 212 otorgan para impugnar la paternidad matrimonial.

Esto es así porque dicha acción solo es reconocida a favor del marido y sus herederos, pero no tienen legitimación activa para intentarla el propio hijo ni la madre.

De allí, que se encuentra en discusión la constitucionalidad de estas normas relativas a la paternidad matrimonial si se examinan con el derecho a la identidad amparada en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a través del artículo 56 y en los tratados internacionales suscritos por Venezuela, y que hasta tanto no ocurra una reforma del Código Civil patrio que se ajuste a la realidad social, para poder hacer valer ese derecho, será necesario argumentar dicha inconstitucionalidad y obtener una sentencia favorable que resguarde la realidad biológica a iniciativa de aquellos que no tienen la legitimación activa reconocida por la ley vigente.

En tal sentido, mediante el enunciado del artículo 56 de la Constitución, se ha puesto de manifiesto la incidencia directa en el tema que nos ocupa, y se ha hecho evidente que el derecho interno deberá ser modificado, y mientras ello no ocurra pudiera ser una solución procesal a los casos concretos donde se den los supuestos enunciados, la desaplicación de las normas que limitan al hijo adulterino a la cualidad de legitimado pasivo en la acción de impugnación de paternidad para en definitiva hacerle extensiva la legitimación para intentar la correspondiente acción de impugnación de paternidad matrimonial.

No obstante, quedan a salvo de estas limitaciones los sujetos de derecho nacidos bajo el amparo del nuevo procedimiento especial de reconocimiento de paternidad previsto en Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.733 del 20 de septiembre de

2007, en cuyo caso, los hijos nacidos dentro de una relación de adulterio, ahora no debieran verse afectados en el establecimiento de su paternidad biológica por el imperio de la presunción *pater is est*, lo cual se deduce porque para esta nueva Ley, los dos únicos casos en los que se releva a la madre de declaración de paternidad biológica son, la violación o el incesto. A excepción de estos dos supuestos, la madre está obligada a declarar quien es el padre biológico, con independencia de su estado civil, y el funcionario competente constreñido por la misma ley a plasmarlo en la respectiva acta de nacimiento

Así las normas que develan el procedimiento actual de reconocimiento, todas dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil de 1982, guardan correspondencia con los postulados de la doctrina de la protección integral cuyo principio rector para la aplicabilidad de la ley antes referida y para la toma de decisiones en materia de infancia, es el interés superior del niño. Por el contrario, el legislador de 1982, según se desprende de la interpretación doctrinaria que se le ha dado al artículo 201 y siguientes del Código Civil, pretendió tutelar con ella el interés de la familia.

De allí que se pueda afirmar, que las mayores restricciones procesales subsisten hoy día para los nacidos y registrados antes de la entrada en vigencia de la recién mencionada Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, y para los que se encuentran en estado de mayoría a quienes no les resulta aplicable la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en cuyo caso, el éxito de su solicitud de paternidad biológica, dependerán de una decisión que declare la inconstitucionalidad de una norma –con efectos sólo en el caso concreto-, en un juicio que bien tendrá por norte destruir la presunción de paternidad matrimonial.

Con vistas de estas conclusiones a las cuales se ha arribado luego del análisis hecho a lo largo del trabajo, a continuación se presentan las siguientes recomendaciones:

-Si bien, en principio, no cabe presuponer la inconsecuencia o la imprevisión del legislador, ello no impide efectuar el control de constitucionalidad entre la norma de derecho interno aplicable –en el caso- que no contempla la facultad de la madre o el hijo de impugnar la paternidad matrimonial, y las fuentes constitucionales y convencionales invocadas en su favor y que, a su juicio, tornarían discriminatoria la solución del Código de fondo.

-En la resolución de los conflictos que se derivan de la presunción, debe acudirse a una interpretación de las normas que conforman el derecho positivo en materia de filiación, tendiente a optimizar el funcionamiento aplicativo de los textos que refieren a esa institución superando lo que haya aún de incongruente, de atrasado o contradictorio, convocatoria que a los jueces hacen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, todos con jerarquía constitucional.

Ante lo que parezca ser desfavorable para el hijo, por una colisión de intereses entre el progenitor y el menor, puesto que puede darse el caso de que éste último pudiere verse desprovisto del apellido del padre, es justo y aconsejable resolver el conflicto en torno a la verdad biológica, pues toda la sociedad necesita de la indagación del vínculo de que se trata, ya que el orden público se encuentra comprometido al estar en juego el interés social; y en definitiva, habrá de establecerse una relación de filiación solamente explicable a la luz de una realidad biológica, y esto es lo que resulta acorde

con lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sirven de ayuda en la labor de resolución de los conflictos que se presente por colisión de normas establecidas materia de filiación: el principio de identidad, principio del interés superior del niño, principio de no discriminación.

-Se reitera la necesidad de una revisión del problema con miras a una futura reforma legal que se sustente en los nuevos valores sociales, para lo cual es necesario que la nueva estructura jurídica se aparte de la necia idea de hacer permanecer una paternidad legal ficticia, bajo el argumento que es más beneficiosa para el hijo en virtud del interés superior del niño.

-Si bien ya existen cambios en la estructura jurídica en cuanto a la identificación de las personas al momento de su nacimiento, sin embargo, debe eliminarse la incertidumbre interpretativa que se derivan de la conjunción normativa que se hace del Código Civil y la Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

BIBLIOGRAFÍA

Arias, Fidas. (1999). *El Proyecto de Investigación Guía para su Elaboración* (3ª ed.). Caracas, Venezuela: Epísteme.

Azpiri, Jorge. (2006). *Juicios de Filiación y patria potestad* (2ª e.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Cabanellas, Guillermo. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Código Civil de Venezuela (1982). Gaceta Oficial N° 2990 Extraordinaria 22 de julio de 1982. Caracas, Venezuela.

Código Civil de Venezuela: Antecedentes/Comisiones Codificadoras/Debates Parlamentarios/Jurisprudencia/Doctrina/Concordancias (1980). Universidad Central de Venezuela. (V. 9 y 10). Caracas, Venezuela.

Colin, Ambrosio y Capitant. Henri. (1952). *Curso Elemental de Derecho Civil*. (Tomo I) Madrid, España: Instituto Editorial Reus.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinaria 22 de Marzo de 2000. Caracas, Venezuela.

Dominici, Anibal. (1962). *Comentarios al Código Civil Venezolano*. (Tomo I). Caracas, Venezuela: Rea.

Gherzi, Carlos. (2004). *Prueba de ADN Genoma Humano*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Grisanti, Isabel. (1997). *Lecciones de Derecho de Familia* (7ª ed.) Vadell. Valencia-Venezuela: Hermanos Editores.

Grosman, Cecilia. (1982). *Acción de Impugnación de la Paternidad Matrimonial*. Buenos Aires, Argentina: Abaco.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998). Gaceta Oficial N° 5266 Extraordinario de 11 de Octubre de 1998.

López, Francisco. (2006). *Derecho de Familia*. (2ª ed.) Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Mendoza, Jesús. (1951). *La Orfandad Civil del Hijo Adulterino a Pater*. Tesis de grado. Universidad Central de Venezuela. Caracas.

Ortiz, Rafael. (2004). *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Caracas, Venezuela: Frónosis, S.A..

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de diciembre de 1991, caso N. Villamizar contra P. Mata. Consultada en Ramírez & Garay.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de mayo de 2002, caso Compañía Operadora Venezolana de Pesqueros (COVEPESCA). [Disponible en: www.tsj.gov.ve.]

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de noviembre de 2003, caso Unidad de Cirugía Plástica Doctor Bruno Pasillo C.A. (UNICIPLA) contra Asociación Civil Lagunita Country Club. [Disponible en: www.tsj.gov.ve.]

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de enero de 2004, caso José Rafael Monasterios Torrealba contra Ana Carolina Ramírez y su menor hija. [Disponible en: www.tsj.gov.ve.]

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de agosto de 2008, caso Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente. [Disponible en: www.tsj.gov.ve.]

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 4 de marzo de 2010, caso Emilia Isabel Infante Rivas contra Yolimar Alejandra Hernández Díaz. [Disponible en: www.tsj.gov.ve.]

Taylor, Zenaida. (2002). *La Acción de Inquisición de Paternidad y la Filiación Extramatrimonial*. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Universidad Central de Venezuela (2004). *Manual para la Elaboración de Tesis Doctorales, Trabajo de Grado y Trabajos Especiales (1ª ed. según observaciones realizadas)*. Caracas, Venezuela.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2006). *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales* (3ª ed. 3ª reimpresión). Caracas, Venezuela.

Universidad Santa María (2001). *Normas para la Elaboración, Presentación y Evaluación de los Trabajos Especiales de Grado*. Caracas, Venezuela.