

pag 585

-604

24

FILIACIÓN Y RELACIONES PATERNO-FILIALES

Haydée Barrios

ARTÍCULO 24

El establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el Derecho del domicilio del hijo.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. ALCANCE DE LA SOLUCIÓN: 1. ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY DEL HIJO. 2. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN. 3. LAS RELACIONES PATERNO FILIALES. III. FUENTES SUPRANACIONALES. IV. FUENTES NACIONALES. JURISPRUDENCIA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema de la filiación y de las relaciones paterno-filiales requiere consideraciones muy especiales para su tratamiento en el Derecho interno y mucho más en el Derecho Internacional Privado. Ello se debe a que es un tema complejo, como todos los que pertenecen al Derecho de Familia, que exige el que se valoren distintos intereses que, en ocasiones, pueden contraponerse, motivo por el cual su armonización puede resultar complicada.

Desde el punto de vista estricto, la filiación es la relación inmediata de parentesco que existe entre el hijo y sus progenitores.

La filiación es la fuente del estado familiar de pariente consanguíneo, ya que el vínculo de sangre sólo puede resultar de la procreación (López Herrera, 1970: 655). Pero, además, es un estado civil, en virtud del cual se considera que una persona es hija de otra u otras, de lo cual deriva el *status filii*. Los criterios sociales y culturales admitidos por cada Estado con relación a los derechos que le corresponden a los hijos, especialmente cuando son menores de edad, así como el grado de participación de la mujer en las decisiones familiares y la exclusiva o compartida autoridad del padre en la familia, condicionarán la regulación que se aplique a la filiación en el Derecho material. Esto, a su vez, determinará la mayor o menor posibilidad de aplicar el Derecho personal de uno o de ambos progenitores, o el Derecho personal del hijo, que se aplique la *lex fori* o la *lex causae*.

De allí que se afirme que “a la hora de decidir, en los casos internacionales, la Ley aplicable a la filiación, el Derecho Internacional Privado, no sólo resuelve un conflicto de leyes sino un verdadero conflicto de civilizaciones” (P. Mercier, J. D. González Campos, citados por Carrascosa González, 2000: 124).

En los Códigos Civiles venezolanos ha habido desigualdad en el tratamiento de la filiación proveniente del matrimonio o legítima, y la extramatrimonial o ilegítima. En efecto, el Código Civil de 1862 clasificó los hijos en legítimos e ilegítimos y, dentro de esta segunda categoría, se distinguió entre a) los ilegítimos propiamente dichos, que eran los nacidos fuera del matrimonio y que no habían sido reconocidos; b) los naturales, que habían nacido fuera del matrimonio pero se les reconocía, y c) los de daño ayuntamiento, categoría integrada por los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, quienes no podían ser reconocidos. Estas categorías se mantuvieron en los sucesivos Códigos Civiles (1867, 1873, 1880, 1896, 1904, 1916, 1922 y 1942), si bien en ocasiones sobrevinieron algunos cambios en los efectos de ciertas categorías de hijos, por ejemplo, en el Código Civil de 1916 se equiparó a los hijos naturales con los legítimos, pero sólo respecto de la madre y los parientes consanguíneos de ésta. Con fecha 2/07/1938, se dictó una sentencia en la Corte Federal y de Casación, equiparando los hijos naturales con los legítimos en cuanto al derecho de suceder a la madre y a los ascendientes legítimos de ésta.

Con posterioridad al Código Civil de 1942, se consideró eliminada la diferencia entre hijos simples y los no simples adulterinos, con fundamento en lo previsto por el artículo 75 de la Constitución de 1961, el cual, en su encabezamiento, dispuso lo siguiente: “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 y el abuso”.

El cambio más significativo sobrevino con la reforma del Código Civil de 1982, cuyo artículo 234 consagró el principio de la unidad de filiación en los siguientes términos:

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

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 y vigente para Venezuela desde 1990, constituyó un gran marco general para que los Estados Parte de la misma, adecuasen las soluciones de su Derecho interno a los compromisos allí contraídos. Entre dichos mandatos interesa destacar los previstos en sus artículos 2, 7 y 8, los cuales tienen repercusión en materia de filiación y sus efectos. Su texto es el siguiente:

Artículo 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.

Artículo 7.1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Artículo 8.1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la

asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La adecuación de la legislación venezolana a los compromisos contraídos por el Estado, con la ratificación y posterior entrada en vigencia de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, se produjo fundamentalmente con la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en 1998 (publicada en G.O. Ext. N° 5.266 del 2/10/1998, con una *vacatio legis* de un año y seis meses, entró en vigencia el 1/04/2000). El Título IV de dicha Ley está referido a las Instituciones Familiares, cuyo capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, contiene el artículo 346 referido a la unidad de filiación; el capítulo segundo de dicho Título está referido a la patria potestad, e integrado por cinco secciones dedicadas a la segunda, tercera y cuarta, a la guarda, la obligación alimentaria y las visitas, respectivamente.

Inspirada también en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución aprobada en 1999 (publicada en G.O. Ext. No. 5.453 del 24/03/2000), incorpora en su artículo 56 tanto el principio de la unidad de filiación como el de la verdad de la filiación, en los siguientes términos:

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. Estos no contendrán mención alguna que califique su filiación.

Los distintos cambios que se han producido en el Derecho interno venezolano, han tenido repercusiones en el Derecho Internacional Privado, en el cual, a lo largo de los años, se han evidenciado dos grandes tendencias: la primera de ellas abarca los siglos XIX y XX, y se caracterizó por la escasa importancia concedida al elemento de extranjería presente en los casos de filiación, y la considerable ingerencia del orden público internacional en esta materia, a pesar de que la ley personal era la nacionalidad, la cual podía conducir a la aplicación del Derecho extranjero en muchos casos, así como también, por la sujeción de las soluciones de conflicto de leyes en materia de filiación a la ley personal del padre o de la madre, y no a la del hijo. La segunda tendencia se manifiesta a finales del siglo XX y

comienzos del XXI, y está presente en la Ley de Derecho Internacional Privado, siendo una de sus mejores expresiones el reconocimiento del estatuto autónomo del hijo, esto es, tomar en consideración que el hijo es sujeto de derecho y, por tanto, a las relaciones jurídicas con sus progenitores debe aplicárseles su propio Derecho personal y no el de su padre o su madre.

En este punto la discusión se plantea acerca de cuál ley personal es la más adecuada para el hijo, si la de su nacionalidad o la de su residencia. Al respecto se ha afirmado que "La conexión al estatuto personal del niño crearía un derecho uniforme para su relación con el padre y con la madre y si se conecta con la residencia habitual del niño se logrará una consonancia más vasta aún" (Kegel citado por Maekelt, 1978: 28).

II. ALCANCE DE LA SOLUCIÓN

1. Aspectos regulados por la ley del hijo

El artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una solución que se considera radicalmente distinta a lo que fue la tendencia en esta materia durante muchos años, en los cuales se favorecía la aplicación de la ley personal de los progenitores y no la del hijo. Esta era la posición que tenía incluso el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-65, en el cual se regulaba mediante cuatro artículos lo que hoy día es el contenido de uno sólo.

En efecto, en los artículos 22, 23, 25 y parte del 24 se desglosaba las previsiones sobre filiación, con base al origen de la misma, siguiendo lo previsto en el Código Civil, tal como señalamos en el punto anterior.

De manera que el artículo 22 de dicho Proyecto se refería a la filiación legítima, el 23 a la filiación natural, el 25 a las relaciones paterno-maternas filiales y el 24 a la legitimación, junto con la adopción. Por cuanto una vez que se produjo la reforma del Código Civil en 1982, se derogaron todas las disposiciones que en el Código Civil anterior establecían diferencias entre los hijos según su origen matrimonial o extramatrimonial, carecía de todo sentido mantener tales previsiones en materia de Derecho Internacional Privado.

Además, en los citados artículos 22 a 25 del Proyecto de Ley de Normas, las soluciones giraban en torno a tres leyes distintas: la del domicilio

del padre aplicable a la legitimidad de la filiación (Art. 22); la del domicilio de la madre aplicable a la determinación de la filiación natural (Art. 23) y la del domicilio del hijo aplicable a las relaciones materno-paterno filiales (Art. 25), teniéndose como domicilio de este último, cuando era menor de edad, el de sus representantes legales (Art. 10).

Con relación al contenido del artículo 25 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado es oportuno señalar que el mismo constaba de dos partes en la versión inicial del año 1963, y correspondía al artículo 26.

La primera parte, si bien con una redacción similar a la que luego correspondió al artículo 25, estaba referida a los hijos legítimos. La segunda parte se refería al supuesto del hijo natural reconocido "sólo o previamente" por la madre, en cuyo caso las relaciones entre ambos se regían por la ley del domicilio materno. Esta segunda parte fue eliminada cuando se revisó la disposición en el año 1965.

Esta aclaratoria permite entender el comentario que hizo Paul Neuhaus a este artículo, en los siguientes términos: "Dentro del derecho de filiación, la radical disposición del artículo 25 resulta totalmente novedosa (inclusively en comparación con la primera redacción del proyecto publicada en enero de 1963). "La disposición, en su simple y general redacción- sin distinguir entre hijos legítimos y naturales, sin separar la legitimación o adopción, y tampoco sin limitar la mutabilidad, no tiene similar, según mis conocimientos, en ningún otro ordenamiento jurídico. Es de advertir, sin embargo, que la disposición se debilita por los tres artículos anteriores a ella. Estos artículos supeditan la legitimidad de la filiación al derecho del padre; la determinación de la filiación natural, al derecho de la madre, y los requisitos necesarios para la validez de la legitimación y de la adopción, al derecho del padre o adoptante y del hijo o adoptado.

Felizmente, según el artículo 25, se aplicará el mismo ordenamiento jurídico a todos los efectos de la relación entre padres e hijos, una vez determinada: es decir, se aplicará el respectivo derecho del hijo, que se extenderá tanto a su estado y capacidad (Art. 13) como a la tutela y demás instituciones de la protección de incapaces (Art. 26). Esta conexión general a la persona del hijo responde a la concepción de nuestro siglo, que ve en el niño, no tanto el objeto de la autoridad paternal o el medio de la continuación generacional, sino más bien un sujeto independiente (Neuhaus, 1970: 60).

En la posterior revisión que se hizo del mencionado Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, en el año 1995, se subsumió

el contenido de los cuatro artículos referidos a la filiación en uno solo, que correspondió el artículo 24, el cual permaneció idéntico en la última revisión que se realizó en el año 1998, y así quedó en el texto de la Ley de Derecho Internacional Privado, promulgada el 6 de agosto de 1998.

La solución del artículo 24 está acorde con las más modernas tendencias de la legislación en materia de Derecho de familia, que conceden al derecho del hijo una importancia decisiva para regir aquellas relaciones jurídicas que le conciernen directamente. Tal consideración se ve respaldada con el comentario que se formula en la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, con relación, entre otros, al mencionado artículo 24, en los términos siguientes: "El contenido de las disposiciones referentes a filiación (Art. 24), adopción (Art. 25) y tutela (Art. 26) tiene por norte el interés superior del niño, principio fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Venezuela en 1990".

De los artículos 24 y 26 a que se refiere el párrafo transcrito de la mencionada Exposición de Motivos, se ha dicho, además, que: "Las disposiciones contenidas en los artículos 24 y 26, escuetas en su redacción, pero suficientes para cumplir con los objetivos que persiguen, tienen carácter novedoso en Venezuela, y son relevantes, ya que se llena un vacío legal, eliminan las distinciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, para adaptarse al Código Civil de 1982, y reafirman la tendencia hacia la aplicación del estatuto autónomo del niño" (Mackelt, 2002: 98-99).

El supuesto de hecho del artículo 24 es compuesto, ya que comprende tanto el establecimiento de la filiación, como las relaciones entre el padre, la madre y los hijos. Están así regulados los aspectos más importantes de la filiación, como son: a) la determinación de quién tiene la cualidad de hijo y, en consecuencia, quién tiene la cualidad de padre y/o de madre; b) la precisión de los efectos de la filiación, esto es, el carácter y el contenido de la misma y, c) las relaciones paterno-maternas filiales.

El factor de conexión utilizado para indicar el Derecho aplicable al mencionado supuesto es el domicilio del hijo. El concepto de domicilio debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la propia Ley de Derecho Internacional Privado. Según este artículo el domicilio se encuentra en el territorio del Estado donde la persona física tiene su residencia habitual. Esta calificación del domicilio a través de la residencia habitual, resulta particularmente importante cuando se trata del domicilio de los menores de edad y de los incapaces en general, sobre todo si se tiene presente que el artículo 13 de la misma Ley dispone que, el domicilio de

estas personas se encuentran en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual. Esto constituye otra solución novedosa de dicha Ley, que se diferencia de la que, en la misma materia, preveía el artículo 10 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-65), el cual consideraba como domicilio de los menores de edad e incapaces el de sus representantes legales.

Si bien la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado considera la residencia habitual de fácil comprobación, cabe preguntarse cómo se realiza la misma en el caso de dichos menores e incapaces. La única disposición de esta ley que contiene elementos que permiten saber cuándo una persona está domiciliada en el territorio de un Estado, es el artículo 23. Esta disposición se refiere a dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo, el objetivo es el transcurso de un año de haber ingresado al territorio de un Estado, y el subjetivo, es que dicho ingreso se haga con el propósito de fijar en ese territorio la residencia habitual. Sin embargo, por cuanto esta previsión está referida especialmente al supuesto del divorcio y la separación de cuerpos, cabe preguntarse acerca de los elementos que permiten afirmar la existencia del domicilio en el caso de una persona menor de edad o incapaz, con miras a la aplicación del artículo 24 *eiusdem*.

Respecto a la noción de residencia habitual, se ha admitido que la misma no se encuentra definida en la Ley de Derecho Internacional Privado, por lo que debe ser entendida en el sentido que le atribuye el lenguaje ordinario y corriente. Consecuencia de ello es que su determinación y posible cambio son cuestiones de hecho a ser resueltas tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. Tal se considera la solución aceptada en el examen que, de la materia, se hizo por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con motivo de discutirse la Convención relativa a la competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de Niños, de 19/10/1996. Añadiéndose que "Sin embargo, fue aceptado que la ausencia temporal del niño del lugar de la residencia habitual por razones de vacaciones, asistencia a la escuela, o ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modifica el principio de la residencia habitual del menor" (Parra-Aranguren, 1999: 281-282).

Con respecto a la residencia habitual también se ha dicho que existen dos formas de calificarla, a saber: la efectiva limitación temporal o, a través de su duración previsible. En relación a la primera de estas formas, se afirma que debido a los pocos elementos que para establecer el lapso de tiempo que la calificaría como tal, su determinación será siempre subjetiva

y, que si bien nada obsta para aplicar a otros casos el lapso previsto en el artículo 23 de la misma ley, la tendencia fáctica, que cada vez es más pronunciada, aboga a favor de un lapso menor. En cuanto a la previsibilidad, se plantea el caso en el cual la realización de determinados hechos evidenciará un determinado "animus", por ejemplo, la adquisición de un bien inmueble, y frente a este caso, aquél donde no es necesario tomar en cuenta la voluntad del interesado, debido a que tiene una larga permanencia en el lugar (Maekelt, 2002: 64-66).

En todo caso, es necesario admitir que las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que la determinación de la residencia habitual de las personas menores de edad, específicamente de los más pequeños, requiere de una valoración de las circunstancias propias, entre las cuales destacan la imposibilidad de fijar un límite temporal, ya que en esta categoría se encuentran desde niños recién nacidos hasta niños que han permanecido durante varios años en el territorio del mismo Estado. Además, debe admitirse que el elemento del *animus* no es relevante en tales casos, ya que los niños e incapaces permanecerán o se trasladarán del territorio de un Estado a otro, sin que eso dependa de su voluntad. Todo ello permite concluir que, en tales casos, la residencia habitual de estas personas se expresa a través de la simple presencia de ellas en un determinado territorio, que de ser el de Venezuela, le asegura la aplicación del Derecho material de este país a todo lo referido a su filiación.

El factor de conexión del artículo 24 aun cuando puede presentar algunos inconvenientes, son más sus ventajas, que sus desventajas. En tal sentido, se ha observado que: "...por tal vía podríamos llegar a la aplicación de ordenamientos jurídicos distintos a los diversos hijos de los mismos padres y a sus relaciones con los padres, cuando los niños tienen distintos domicilios (por ejemplo, después del divorcio de los padres). Pero esto siempre sucedería inclusive si se prefiere el último domicilio común del niño y uno de los padres, o el derecho de quien ejerce la patria potestad, a menos que se quiera remitir exclusivamente al estatuto personal del padre. En todo caso este peligro es más llevadero que la simultánea aplicación de distintos ordenamientos jurídicos al mismo niño, que puede conducir a indeseables complicaciones" (Neuhaus, 1970: 60-61).

Los aspectos más positivos de utilizar el Derecho personal del hijo para regir todo lo concerniente a su filiación, son dos: a) el reforzamiento del *favor filii*, ya que es la persona del hijo y no la de uno o ambos progenitores la que se tiene presente para determinar la ley aplicable y, b) la

disminución de un trato discriminatorio para el hijo, al aplicarse el mismo Derecho para el establecimiento de toda clase de filiación y sus efectos.

Además, el que este Derecho personal equivalga al del domicilio de hijo, entendido como su residencia habitual y no a su nacionalidad, presenta ventajas adicionales, tales como: la utilización de elementos fácticos para su determinación, el evitar problemas como la múltiple nacionalidad o la apatridia, la mayor posibilidad de que coincida con la *lex fori* y disminuir así la aparición del orden público internacional, que es de fácil aparición en esta materia debido a los diversos enfoques que le da el Derecho de familia propio de cada Estado.

Con relación a este último aspecto, es suficientemente elocuente la variedad de soluciones de conflicto que nos muestra el Derecho comparado. El grupo menos numeroso lo constituye aquél en el cual se acepta un factor de conexión único para regir todos los aspectos concernientes a la filiación, posición esta cuyo mejor ejemplo lo constituye el Derecho venezolano, a través del artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En el Derecho de otros países como el de Brasil y Cuba, se engloba la filiación dentro de la fórmula general de "derechos y deberes de familia", a los cuales se aplica la ley del domicilio de la persona, en el caso del artículo 7 del Código Civil brasileño (Maekelt y otros, 2000: T.I, 181), y la ley del Estado del que son ciudadanas las personas, en el caso del Código Civil cubano (Maekelt y otros, 2000: T.I, 250).

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos aceptan más de un factor de conexión, los cuales pueden estar dispuestos de manera alternativa o subsidiaria, ya sea previendo conexiones distintas según la clase de filiación o, según se trate de regir el establecimiento de la filiación o sus efectos. En ocasiones, la norma de conflicto contiene una cláusula de excepción o de escape con orientación material. En este grupo puede distinguirse entre las legislaciones que, para regular la filiación, acogen primero las leyes personales de los progenitores y, por último, la del hijo, tal y como, por ejemplo, en los siguientes casos: Código Civil portugués, artículo 56, constitución de la filiación: a) si no hay matrimonio se aplica la ley personal del progenitor; b) si hay matrimonio se aplica la ley nacional de los cónyuges, en su defecto, la ley de su residencia habitual y, en último caso, la ley personal del hijo (Maekelt y otros, 2000: T.I, 196 - 197); Ley federal austriaca, artículo 21, filiación legítima: a) estatuto personal de los cónyuges al momento de nacimiento del hijo, o en caso de disolución del matrimonio antes de esa fecha, el del momento de la disolución, b) si el estatuto es diferente, el estatuto personal más favorable a la legitimidad del hijo;

artículo 22, legitimación por subsiguiente matrimonio: a) estatuto personal de los padres, b) si es distinto, el que sea más favorable a la legitimación del hijo; artículo 23, legitimación por declaración: a) estatuto personal del padre, b) estatuto personal del hijo si se requiere su consentimiento para la legitimación (Maekelt y otros, 2000: T.I, 338-339).

Otro grupo podría constituirse con aquellos ordenamientos jurídicos que prevén como conexión principal la nacionalidad del hijo, para regir varios aspectos de la filiación, ejemplo de ello son: el Código Civil español, artículo 9.4: a) ley personal del hijo, b) si ésta no se determina, se aplica la ley de la residencia habitual del hijo (Maekelt y otros, 2000: T.I, 305); Decreto Ley húngaro sobre Derecho Internacional Privado, artículo 42, a) presunción de paternidad o maternidad y prueba en contrario de paternidad: ley personal del niño para el momento de su nacimiento, b) reconocimiento paterno: ley personal del hijo para el momento de su reconocimiento y, si no ha nacido, se aplica la ley personal de la madre al momento de su reconocimiento (Maekelt y otros, 2000: T.I, 355).

En cuanto a las legislaciones que contienen normas de conflicto cuyos factores de conexión, vinculados a los progenitores o al hijo, están acompañados con cláusulas de excepción con orientación material, podemos mencionar, entre otras, las siguientes: Código Civil peruano, artículo 2082, filiación matrimonial: aplica la ley más favorable a la legitimidad entre: a) la de la celebración del matrimonio o, b) la del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo (Maekelt y otros, 2000: T.I., 207); Decreto Ley húngaro sobre Derecho Internacional Privado, artículo 46: "la filiación del niño de nacionalidad húngara o que habite en Hungría y las relaciones entre este niño y sus padres relativas al derecho de familia, así como las obligaciones alimentarias para con este niño, estarán regidas por la ley húngara si ésta es más favorable para el niño (Maekelt y otros, 2000: T.I, 356); Ley italiana de Derecho Internacional Privado, artículo 35, reconocimiento del hijo natural: a) la ley nacional del hijo al momento del nacimiento o, si ello es más favorable, b) la ley nacional del autor del reconocimiento al momento en que éste acontece (Maekelt y otros, 2000: T.I, 428).

2. Establecimiento de la filiación

El establecimiento de la filiación es uno de los supuestos previstos en el artículo 24 de Ley de Derecho Internacional Privado. El mismo se refiere

a la determinación de la filiación y, por lo tanto, comprende todo lo relativo a:

a) los medios que permiten establecer la filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, paterna o materna, así como también el establecimiento voluntario de la filiación a través del reconocimiento de la misma, el establecimiento judicial de la filiación como consecuencia del ejercicio de las correspondientes acciones de estado, etc. En caso que se autorice que los medios de reproducción asistida, a saber: la inseminación artificial y la fertilización in vitro se conviertan en modos de establecer la filiación paterna y/o materna, podrán ser regulados, como tales, por el Derecho que rige la filiación.

b) El régimen jurídico de los medios de prueba utilizados para determinar la filiación. En este punto se diferencian las cuestiones probatorias sustanciales de las procesales, ya que las primeras se regulan por el Derecho aplicable a la filiación, y las segundas por la *lex fori* (Carrascosa González, 2000:131).

Dentro de las cuestiones probatorias sustanciales están: b1- el objeto y la carga de la prueba y, por tanto, lo relativo a las presunciones en materia filiatoria; b2- los medios de prueba que admita el correspondiente ordenamiento jurídico, con respecto a la maternidad y a la paternidad, la posesión de estado, pruebas heredo-biológicas, etc.; b3- la fuerza probatoria de los medios probatorios admitidos por la ley que los rige.

c) Las acciones de estado admitidas por la ley o acciones de filiación, las cuales comprenden las de reclamación y las de supresión, o impugnación de estado familiar.

3. Las relaciones paterno filiales

El otro supuesto al que se refiere el artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional Privado, son las relaciones entre padres e hijos, las cuales, por lo tanto, también están regidas por el Derecho del domicilio del hijo.

Estas relaciones constituyen un conjunto de derechos y deberes de los progenitores y los hijos, y equivalen a los efectos de la filiación. Sin embargo, algunas legislaciones, como la española, considera también como efecto de la filiación el carácter de la misma (artículo 9.4 del Código Civil), considerándose aquí comprendida la distinción entre filiación matrimonial y la no matrimonial y los efectos de cada una de ellas (Carrascosa González, 2000: 134).

En el caso de la legislación venezolana no reviste interés aludir a tal distinción, ya que por el mandato del artículo 56 de la Constitución de la República, los documentos públicos que comprueben la identidad biológica de las personas, no deben contener mención alguna que califique la filiación. En esta norma se concretan los dispositivos de los artículos 234 del Código Civil reformado en 1982 y 346 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que consagra el principio de la unidad de la filiación. Según este principio una vez establecida la filiación, los hijos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones con respecto a sus progenitores y, por tanto, carece de importancia la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial porque sus efectos son los mismos.

Las relaciones paterno-materno-filiales comprenden:

a) la institución de la patria potestad y todo lo que a ella concierne, a saber: su titularidad y ejercicio, su privación, extinción y restitución, así como también la guarda sobre los hijos, su representación y la administración de sus bienes. La aplicación de un Derecho extranjero por los Tribunales venezolanos en esta materia, podría hacer surgir el orden público internacional si se llegaren a vulnerar principios fundamentales para Venezuela, como sería, por ejemplo, el del interés superior del niño, previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989 (Art. 3), en la Constitución de la República (Arts. 75 y 78) y en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Art. 8).

b) La obligación alimentaria tanto respecto a los hijos menores como a los mayores, en los casos en que proceda para estos últimos conforme a lo previsto en la respectiva ley.

c) El derecho de visitas también conocido como el derecho a tener contactos con los hijos.

d) El derecho al nombre y a utilizar el apellido de sus progenitores.

e) La nacionalidad es un efecto de la filiación, en todos aquellos casos en que la misma es producto de la condición de hijo o hija de un nacional venezolano. En efecto, la Constitución venezolana de 1999 prevé en su artículo 32 cuatro supuestos de nacionalidad venezolana originaria, de los cuales el 1, 2, y 3 se basan en el principio del *ius sanguinis*. Por cuanto en estos numerales se reproduce, con pequeños cambios en la redacción, lo previsto en el artículo 35 de la Constitución de 1961, resulta clarificador el comentario que, de la norma en cuestión, hiciera el Doctor Gonzalo Parra-Aranguren, en los siguientes términos: "En consecuencia, los ordinales

segundo, tercero y cuarto del artículo 35 de la Constitución presuponen la existencia de un vínculo de filiación y su funcionamiento se encuentra supeditado a la posibilidad de que pueda ser legalmente establecido. Si no se puede comprobar la paternidad o a maternidad no cabe la aplicación del precepto constitucional..." (Parra-Aranguren, 1964: T.II, 596). En consecuencia, se puede afirmar que, en esta materia, la filiación debe ser comprobada y, por lo tanto, debe encontrarse legalmente establecida. No obstante, por cuanto la nacionalidad es una figura de Derecho público y no de Derecho privado, aun cuando sea un efecto de la filiación, su regulación no se hará conforme a la ley del domicilio del hijo que la detenta, sino conforme a su ley nacional.

f) La sucesión y los derechos que la misma prevé para los hijos con relación a sus padres y viceversa, los padres con relación a sus hijos. Lo concerniente a la sucesión no está regido por el Derecho del domicilio del hijo, sino por el Derecho del último domicilio del *de cuius*, si bien podrían coincidir ambos Derechos, en muchos casos no lo hacen.

La forma de abordarse en el Derecho comparado lo relativo a estas relaciones entre padres e hijos es bastante variada, pues no hay uniformidad en el título bajo el cual las tratan, ni para la amplitud con la que las abordan, ni para la conexión utilizada. Así, aparecen bajo el título de relaciones entre padres e hijos en los siguientes instrumentos: Código Civil alemán (Art. 20), Ley yugoslava sobre Derecho Internacional Privado (Art. 22), Código Civil portugués (Art. 57), Código Civil español (Art. 9.4) y Decreto Ley húngaro de Derecho Internacional Privado (Art. 45). Las denominan efectos: el Código Civil de Louisiana (Art. 3091), la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (Art. 33.3) y el Código Civil peruano (Art. 2084). En otros casos se refieren también a la obligación alimentaria, como por ejemplo, el Código Civil alemán (Art. 18), Código Civil de Louisiana (Art. 3094) o, únicamente a ella, como lo hace la Ley polaca de Derecho Internacional Privado (Art. 20). En cuanto a la conexión utilizada para regir los mencionados supuestos, son varios los factores utilizados, entre los que podemos mencionar: a) la ley nacional del hijo como única conexión, la Ley italiana de Derecho Internacional Privado, la Ley austriaca de Derecho Internacional Privado y el Decreto Ley húngaro de Derecho Internacional Privado; b) la ley nacional del hijo como conexión principal, el Código Civil español; c) la ley nacional del hijo como conexión subsidiaria, el Código Civil portugués; d) la residencia habitual del hijo como única conexión, el Código Civil alemán; e) la residencia habitual del hijo

como única conexión subsidiaria, el Código Civil español; f) el domicilio del hijo como conexión principal, el Código Civil de Louisiana; g) el domicilio del hijo como conexión subsidiaria, el Código Civil peruano; h) nacionalidad común de los progenitores como conexión principal, el Código Civil portugués; h) residencia habitual común de los progenitores como conexión subsidiaria, el Código Civil portugués; i) domicilio común de ambos progenitores y del hijo como conexión principal, la Ley yugoslava de Derecho Internacional Privado y el Código Civil peruano; j) domicilio del progenitor que tenga posesión de estado respecto al hijo como conexión subsidiaria, el Código Civil peruano; k) nacionalidad del acreedor de alimentos como única conexión, la Ley polaca; l) domicilio del acreedor de alimentos como conexión principal, el Código Civil de Louisiana y en el mismo Código, el domicilio del deudor como conexión subsidiaria.

III. FUENTES SUPRANACIONALES

Las fuentes supranacionales para Venezuela en materia de filiación están contenidas en el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, 1928, en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980, la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989. No obstante, las tres (03) últimas Convenciones no contienen norma de conflicto alguna, ni en ésta ni en ninguna otra materia.

En cuanto al Código Bustamante, los artículos que regulan aspectos relativos a la filiación se encuentran agrupados en dos capítulos del Título Primero De las personas, del Libro Primero dedicado al Derecho Civil Internacional. Dichos capítulos son: el V sobre Paternidad y Filiación, integrado por los artículos 57 a 66; y el VII sobre Patria Potestad, con los artículos 69 a 72.

De la regulación sobre paternidad y filiación contenida en el capítulo V, interesa comentar lo previsto en los artículos 59 a 61, 63 y 66, por cuanto los artículos 57, 58, 64 y 65 fueron reservados por Venezuela y, por lo tanto, no son aplicables por este país. En las disposiciones vigentes para Venezuela, se evidencia un gran apego a la aplicación del Derecho del Tribunal que conoce del caso. Para ello utilizan, en primer lugar, la fórmula apriorística del orden público internacional, como es el caso de los artículos 59 y 61,

referidos, respectivamente, a la regla que da al hijo el derecho a alimentos y a la prohibición de legitimar hijos no simplemente naturales. Tal limitación para aplicar el Derecho extranjero no se justifica hoy día para Venezuela, en el caso del derecho a alimentos, al cual procede aplicar, sin mayores problemas, lo previsto en el artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, en la práctica podrían darse dos soluciones distintas para esta materia: una, la que ordena aplicar el artículo 59 del Código Bustamante frente a los Estados Parte del mismo. La otra, la del artículo 24 de la mencionada Ley, frente a todos los demás Estados.

Lo dispuesto en el artículo 61 del Código Bustamante resulta más acorde, con el compromiso asumido por el Derecho venezolano en la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, y con el artículo 56 de la Constitución, en el sentido de no admitir discriminación por razón del origen o por cualquier otra causa, entre los hijos, motivo por el cual todos tendrían derecho a que se establezca su filiación. En otro caso, la fórmula general del orden público internacional contenida en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado hace innecesaria cualquier formulación apriorística de dicha institución, acotación esta que resulta también para lo dispuesto en el citado artículo 59 del Código Bustamante. Así mismo limitan la aplicación del Derecho extranjero, las previsiones de los artículos 63 y 66 de dicho Código, que ordenan regular por el derecho territorial lo relativo a la investigación de la paternidad y la maternidad y su prohibición (Art. 63), y la forma y circunstancias del reconocimiento de los hijos ilegítimos (Art. 66).

La aplicación de la ley territorial conlleva a dejar de aplicar Derecho extranjero, y apegarse a lo que establezca la *lex fori*, ya que el propio Código Bustamante, en su artículo 3, divide las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante en tres clases, identificando la segunda de ellas como: "las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional". La confusión en que se incurre aquí al equiparar las leyes territoriales con las de orden público, tiene como consecuencia práctica impedir que se aplique otro Derecho que no sea el del juez, para regir los supuestos derechos a los que alude la norma en cuestión. Si tenemos en cuenta que el supuesto contenido en el artículo 63 se refiere, por una parte, a la investigación de la paternidad y de la maternidad y, por otra, a la prohibición de tal investigación, no parece justificarse el evitar que se aplique un Derecho extranjero a la primera parte, que bien podría ser el del domicilio del hijo, como lo prevé el artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional. Ello conduce a un resultado similar al expuesto para el caso del artículo 59, esto es,

la restricción para aplicar Derecho extranjero procede ante un Estado contratante del Código Bustamante, pero este Derecho podría aplicarse frente a cualquier otro Estado siguiendo para ello el mencionado artículo 24.

En cuanto al artículo 66 del mismo Código, consideramos totalmente injustificada la aplicación del derecho territorial, pues en materia de forma de los actos jurídicos la Ley de Derecho Internacional Privado prevé en su artículo 37 la posibilidad de aplicar, en forma alternativa, cualquiera de los Derechos allí mencionados, a saber: a) el del lugar de celebración del acto, b) el que rige el contenido del acto, o c) el del domicilio del otorgante o del domicilio común de los otorgantes. Por ello, también, en este caso se puede llegar a aplicar un Derecho distinto según se trate o no de un Estado contratante del Código Bustamante.

Finalmente, el artículo 60 de dicho Código es el único que contiene una conexión que permite aplicar un Derecho distinto al del foro. Este artículo tiene dos normas de conflicto referidas a la capacidad para legitimar y para ser legitimado, estableciendo que, para el primer caso, se aplica la ley personal del padre y, para el segundo, la ley personal del hijo. Por cuanto lo que debe entenderse por ley personal lo responde el artículo 7 del mismo Código, en el caso venezolano ello conducirá a la aplicación del Derecho del domicilio de cada una de las personas que indica la norma. Es evidente que se produce aquí una doble solución para estos supuestos de legitimación, según se planteen frente a un Estado Parte del Código Bustamante, caso en el cual podría aplicarse dos Derechos distintos, si distintos son los domicilios del padre y del hijo, o según se plantee frente a un Estado que no lo sea, caso en que todo lo relativo a la legitimación se rige por el Derecho del domicilio del hijo.

El capítulo VII se refiere a la patria potestad y lo conforman cuatro artículos: del 69 al 72, de los cuales el 70 está reservado por Venezuela, por lo que interesa considerar sólo los otros tres. El artículo 72 contiene una previsión de orden público internacional, referida a las disposiciones que determinen la naturaleza y límites de la facultad del padre para corregir y castigar, y su recurso a las autoridades, así como las que lo priven de la potestad por incapacidad, ausencia o sentencia. Con relación a esta previsión se produce una situación semejante a la señalada con los artículos 59 y 61, por lo que también en este caso existen dos soluciones, dependiendo de los Estados frente a los cuales se planteen los supuestos.

En cuanto al artículo 69 del Código Bustamante, se trata de una norma de conflicto que conduce a una solución semejante a la que se obtiene a

través del artículo 24 de la Ley de Derecho Internacional Privado, ya que, en ambos casos, se aplica el Derecho del domicilio del hijo para regular la existencia y el alcance general de la patria potestad respecto de la persona y los bienes, así como las causas de su extinción y recobro. En el mencionado artículo 24 el factor de conexión domicilio del hijo está expresamente previsto, mientras que en el artículo 69 se llega a él mediante la interpretación de la Ley personal a que el mismo se refiere. No obstante, la última parte del supuesto de hecho del mismo artículo 69 referida a la limitación del derecho de castigar por las nuevas nupcias, probablemente no tendría la misma solución en la Ley de Derecho Internacional Privado y podría conformar una situación que afecte principios fundamentales en materia de patria potestad y, por lo tanto, procedería la aplicación de la excepción del orden público internacional.

El último de los artículos del Código Bustamante que regula aspectos concernientes a la patria potestad es el 71, cuya redacción resulta confusa, ya que constituye una continuación de lo previsto en el artículo 70, el cual fue reservado por Venezuela, motivo por el cual no parece tener aplicación en este país. Por cuanto este artículo 70 se refiere a la existencia del derecho de usufructo y demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, sometiéndolas a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren, la reserva del mismo tiene fundamento sobre la base de aplicar el principio *lex rei sitae* a dichos bienes, si están ubicados en Venezuela. Esta misma razón justificaría que se mantuviese tal solución aun frente a los Estados que no son parte del Código Bustamante. En efecto, el mencionado artículo 71 comienza diciendo que: "Lo dispuesto en el artículo anterior ha de entenderse en territorio extranjero", redacción esta poco feliz si a lo que pretende referirse es a la aplicación por el juez de una ley extranjera, pero que, en todo caso, es una llamada cuando se aplique el artículo 70, caso que no es el de Venezuela.

Por cuanto nos referimos con anterioridad a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, relacionadas con esta materia, estimamos suficiente lo dicho al respecto.

En lo que se relaciona con la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 1980, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989, es oportuno señalar que ambas contienen previsiones similares dirigidas a garantizar la validez universal del derecho de custodia y de visita de ambos

progenitores. Sin embargo, el objetivo fundamental de estos instrumentos no es el pronunciarse sobre la validez legal del derecho de custodia de los progenitores, sino restituir las condiciones en que éste se ejercía antes de que se produjese el traslado o la retención ilícita del niño, por parte del progenitor que no tenía este derecho. Algo parecido ocurre con el derecho de visita, cuyo ejercicio efectivo se busca organizar o garantizar. En este sentido, resultan sumamente claras las previsiones contenidas en el artículo 1 de cada una de las citadas Convenciones, las cuales disponen que: "La finalidad del presente Convenio será la siguiente: ...b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" (Convención de La Haya sobre Sustracción); "...Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares" (Convención Interamericana sobre Restitución).

Al respecto se ha comentado que: "La garantía sobre la validez universal del derecho de custodia y visita va íntimamente relacionado con el interés superior del niño, ya que el Convenio centraliza sus decisiones ante la situación fáctica del menor: su residencia habitual y decidir bajo la mejor consideración de sus intereses". Se admite generalmente que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia. El balance entre el padre que reside con el niño y el que está privado de esa posibilidad" (Instituto Interamericano del Niño/ Organización de Estados Americanos, 2002: 10).

Como consecuencia de lo anterior, en ambas Convenciones se establece el compromiso para que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes a donde se trasladen los menores o donde se les retenga ilícitamente, no decidan sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia, hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones que prevén esos Convenios para la restitución del respectivo niño o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se presente una solicitud basada en lo previsto en uno de ellos (Art. 16 de ambos instrumentos). Además, las Convenciones reafirman como uno de sus principios básicos: el que la decisión adoptada entre las autoridades centrales, tanto del Estado requirente como requerido, no afectará la situación jurídica de fondo, esto es, el derecho de custodia (Art. 19 de la Convención de La Haya sobre Sustracción y Art. 15 de la Convención Interamericana sobre Restitución).

IV. FUENTES NACIONALES

En lo que a las fuentes nacionales se refiere, no hay disposición de Derecho Internacional Privado distinta al artículo 24 de la Ley que se analiza. No obstante, por su importancia en materia de filiación es necesario mencionar el artículo 56 de la Constitución de la República, el cual ya fue comentado.

JURISPRUDENCIA

Se solicita exequátur de un acuerdo de separación celebrado en los Estados Unidos, en el que se hace mención a aspectos relacionados con la guarda y custodia, obligación alimentaria y al régimen de visitas de los hijos menores concebidos durante el matrimonio. Conforme a los artículos 78 CN y 8 LOPNA, las autoridades del Estado venezolano están en la obligación de atender al interés superior del niño, de manera tal que, los Derechos involucrados en dicho acuerdo, deben tener primacía especial. Teniendo en consideración que los menores se encuentran domiciliados en ese país y que el acuerdo no contraviene los artículos 360, 375 y 377 LOPNA, los cuales son de orden público a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 *eiusdem*, se concede fuerza ejecutoria.

Cristóbal Alejandro Parra Pocaterra Vs. Mariela Hernández Vilatimo. Sentencia No. 00182, 05/02/2002. Exp. No. 0368. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

En el mismo sentido:

Sharon Guadalupe Fernández Vs. Alejandro José Fernández Dávila. Sentencia No. 00574, 09/04/2002. Exp. No. 0288. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero (Obligaciones Alimentarias).

pag 605 -646

ADOPCIÓN

Haydée Barrios

25

ARTÍCULO 25

Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. CONCEPTO DE ADOPCIÓN. 2. CLASIFICACIÓN. 3. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN. II. ALCANCE DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO DE LEYES: 1. REQUISITOS DE FONDO DE LA ADOPCIÓN: 1.1. *Capacidad*. 1.2. *Estado civil*. 1.3. *Consentimiento*. 2. EL DOMICILIO DEL ADOPTANTE Y DEL ADOPTADO COMO FACTOR DE CONEXIÓN APLICABLE A LA ADOPCIÓN. 3. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 4. REQUISITOS DE FORMA DE LA ADOPCIÓN. III. LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE ADOPCIÓN. IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS DECISIONES SOBRE ADOPCIÓN DICTADAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS. V. FUENTES SUPRANACIONALES. VI. FUENTES NACIONALES. JURISPRUDENCIA*.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Por ser una regulación de Derecho Internacional Privado, el artículo 25 se refiere a la adopción internacional. A tal efecto, la norma de conflicto

* No se encontraron datos relativos a esta sección.