

La paternidad en el derecho: una visión comparada

Carmen Domínguez H.*

Sumario

Los principios que informan la regulación jurídica de la paternidad han experimentado una radical evolución en el tiempo. De una filiación que concedía plenitud de derechos y deberes exclusivamente al padre, las reformas efectuadas han ido aproximando su estatuto al de la madre, en términos que, en el presente, se les reconocen similares derechos y deberes.

Asimismo, la paternidad y, más en general, la filiación han sido entendidas como un vínculo que debe ser orientado, en primer término, por el mejor interés de los niños.

Toda la evolución descrita se encuentra sujeta a ciertas comprensiones importantes en su evolución futura. Por una parte, reconocer las naturales diferencias que existen entre la paternidad y la maternidad y que, en su complemento, son indispensables

* Profesora de Derecho Civil, Directora Centro UC de la Familia, Pontificia Universidad Católica de Chile.



para el desarrollo integral de los hijos. Por otra, que la filiación y, más en general, la legislación de familia debe orientarse a conciliar todos los derechos e intereses de cada uno de los miembros de la familia de modo a que ella pueda contar con la estabilidad necesaria para su desarrollo más pleno.

Palabras clave: Familia, Filiación, Paternidad, Niño, Padre.

Fatherhood and law: a comparative vision

Abstract

The juridical principles in regard to the legal regulation of parenting have undergone a radical evolution over time. From a tradition that granted full rights and duties exclusively to the father, reforms have developed in favor of the status of the mother in terms who at present, is granted similar rights and duties. Also, paternity, and in more general terms, affiliation, is now understood as a bond that should be related primarily towards the best interests of the children.

All the developments described above are subject to certain understandings important for future developments. The recognition of natural differences between fatherhood and motherhood and their complementary enriching are essential for the development of children. In addition, affiliation and, more generally, family law should aim to reconcile all the rights and interests of each member of the family so that it can have the necessary stability required for its fullest development.

Key words: Family, Filiation, Paternity, Child, Father.

Introducción

Analizar el reconocimiento conferido a la paternidad en el Derecho, obliga a efectuar, en primer lugar, una revisión evolutiva. En efecto, la regulación de la paternidad se inserta fundamentalmente dentro del conjunto de reglas que denominamos Derecho de Familia, esto es la regulación de las relaciones entre los miembros de la familia y de ésta con los terceros. Y todo lo que atañe al Derecho de Familia obliga a una mirada evolutiva porque si hay algo que ha caracterizado a esta rama del Derecho Privado, ha sido la profunda transformación que su regulación ha tenido en el tiempo y, fundamentalmente, desde la codificación decimonónica (siglo XIX) hasta el presente.

Para que pueda advertirse la entidad de lo que estamos refiriendo, basta con indicar que, por un parte, toda la regulación jurídica de la familia estaba en el siglo XIX en los Códigos civiles y que, por otra, todos los principios de la regulación jurídica de la familia en esos Códigos han sido sustituidos no por unos distintos ni accidentalmente modificados sino por unos exactamente opuestos. La transformación ha sido radical y ella sigue asistiendo a cambios esenciales. Como botón de muestra basta con que aludamos al matrimonio entre personas de mismo sexo aprobado en varios países –aún en algunos de los latinoamericanos como Argentina- para que pueda rápidamente comprobarse que los pilares tradicionales de la familia, jurídicamente reconocidos, han sido y están siendo completamente reformados.

Por ello, estudiar la paternidad en el ámbito jurídico –al menos en las sociedades occidentales- es efectuar de modo ineludible una mirada en el tiempo.



Así, debemos partir por señalar que la mirada dispensada a la paternidad ha tenido una profunda evolución: desde un paterfamilias con autoridad concentrada se ha pasado y se sigue pasando a un padre que debe compartir con la madre muchas de sus facultades jurídicas respecto de los hijos e, incluso, al que se quiere compartiendo todas las tareas y responsabilidades que demanda la crianza y educación de los hijos.

A referir entonces esa evolución nos dedicaremos, en una primera parte, y, en la segunda, efectuaremos un cierto análisis crítico de la misma.

1. Del Paterfamilias a la autoridad compartida

Como bien es sabido, los sistemas jurídicos se agrupan en torno a distintas familias jurídicas, siendo la denominada familia romano-germánica aquella a la que pertenecen todos los derechos de los países latinoamericanos y recoge las tradiciones romanas y germánicas. Debido a ello es que toda evolución histórico-jurídica debe remontarse necesariamente al Derecho imperante en el Imperio Romano para luego avanzar hasta nuestros tiempos.

1.1. *El Paterfamilias: modelo de paternidad en el Derecho Romano*

La paternidad es asociada en Roma a la conocida figura del paterfamilias que precisamente es formulada en ese Imperio. Era el padre quien tenía la plenitud de facultades y derechos respecto de los hijos.

a) *Determinación de la paternidad*

La paternidad podía nacer del matrimonio o del concubinato que tuviese formas y características de tal, caso éste último en que el hijo era considerado como natural. Fuera de esas dos figuras, como resalta García Goyena, “la unión entre dos personas libres constituía el delito público de estupro” y, por consiguiente los hijos nacidos de ella no adquirirían siquiera la calidad de naturales¹.

¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, T.I, Madrid, 1852, p. 141.



b) *Contenido de la patria potestad*

La patria potestad le confería al padre un dominio quirritario sobre los hijos, esto es un poder absoluto sobre la persona y bienes de los mismos. Así, el padre tenía el poder de venderlos o, aún, de decidir sobre su vida o su muerte. Ese poder se conocía como el *ius vitae necisque* (derecho de vida) y son muchos los casos en que la literatura jurídica romana refiere como ejemplos de aplicación efectiva del mismo. Con todo, la mayor parte de ellos son, a su vez, discutidos en el sentido de que se considera que, en realidad, no demuestran –por distintas razones– que el referido poder haya sido efectivamente ejercido².

Con todo, pueden citarse algunos ejemplos menos controvertidos. Debe resaltarse que no es que se discuta el que el *Paterfamilias* tenía ese poder sino si éste llegó efectivamente a aplicarse:

El caso del liberto P. Atilio Filisco y su hija

P. Atilio Filisco era un esclavo que obtuvo su libertad después de años de dedicarse a la prostitución. Siendo libre, se casó y tuvo una hija que, según refieren los relatos, tuvo un desliz. Pese a su pasado, Atilio no dudó en matar a su hija.

El caso de M. Escauro y su hijo Emilio

M. Escauro era un personaje consular muy conocido en Roma, a fines del siglo II A.C. Uno de sus hijos Emilio se va a la guerra a luchar contra los cimbrós bajo las órdenes del Cónsul Cátulo. Cuando el cónsul es derrotado y las tropas huyen. Escauro se entera que su hijo se encuentra entre los desertores. Lleno de ira ordena difundir que no vuelva jamás a su presencia. El resultado es que su hijo Emilio se suicida.

² Para mayor detalle respecto de esta facultad como más en general de la situación del *paterfamilias* en Roma, véase AMUNATEGUI, Carlos, El origen de los poderes del “*Paterfamilias*” I: El “*Paterfamilias*” y la “*Patria Potestas*”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n°28, Valparaíso, 2006, pp. 37 y ss. De este artículo se han tomado los elementos esenciales que se refieren en esta parte relativa al Derecho romano.

El caso es relatado como un ejemplo más de aplicación del poder de vida o muerte del Pater Familias porque aunque en este caso, a diferencia del otro, no es el padre el que aplica directamente una sentencia de muerte, se considera que ella es indirecta en cuanto a la sanción aplicada obligaba al hijo al suicidio. Los autores no refieren mayores comentarios críticos respecto de la decisión pues ella es considerada, al parecer, justificada.

El caso de Fulvio y su hijo

Aulo Fulvio era un senador en la época que Catilina puso en serio peligro a la República romana con sus intentos revolucionarios (63 A.C). Cicerón denuncia esta situación y se toma la decisión de matar a todos los traidores. Fulvio descubre que, entre ellos, se encuentra su hijo ante lo cual lo arresta y ordena su muerte.

El caso es nuevamente referido como uno dónde no existe cuestionamiento a la decisión del padre, fundamentalmente porque se considera que aplicó una decisión del Senado.

Algunos autores sintetizan el cúmulo de poderes de la patria potestad en la primera época del imperio romano (fundación de Roma hasta la Ley de las XII Tablas) diciendo que al padre: a) le era obligatorio criar a todos los hijos hombres; b) obligatorio criar a la primogénita mujer; c) aquellos que han de ser criados no puede matarlos el padre antes de los tres años y d) está permitido matar a los neonatos monstruosos cuando se cumplen ciertas condiciones³.

Asimismo podrían referirse varios otros casos. Lo interesante es resaltar que muchos de los casos referidos muestran que el ejercicio del poder por el Paterfamilias fue exigiendo, con el tiempo, varias condiciones: un juicio público, normalmente al menos ante un consejo de familia y una razón justificada.

No obstante, como puede advertirse, las justificaciones son, desde nuestra perspectiva actual, igualmente inadmisibles en cuanto consideramos que el derecho a la vida es uno esencial que no puede

³ AMUNÁTEGUI, Carlos, op.cit., p.36.

quedar entregado al juicio arbitrario de nadie. Debe resaltarse además que, para un buen grupo de autores (Volterra, Bonfante), la facultad del padre era ilimitada y arbitraria.

Posteriormente, ese poder omnímodo fue reducido en términos que la facultad para vender fue restringida a los hijos recién nacidos y siempre en caso de extrema necesidad. El derecho de decidir sobre la vida y la muerte se redujo a la posibilidad de castigar moderadamente a los hijos.

Como puede observarse, si el padre tenía facultad de decidir sobre la vida o muerte del hijo también tenía la de poder venderlos porque se consideraba que ellos eran de propiedad del mismo. Cuando el padre los vendía los hijos pasaban a estar en una situación muy parecida a la esclavitud, quedaban como “*servorum locum*”: no podían heredar, aunque no podían ser maltratados.

Por último, y sólo por relatar aspectos demostrativos del nivel de facultades que tenía el Paterfamilias, éste poseía el denominado “*ius noxa dandi*” que implicaba el derechos del padre de entregar a cualquiera de los miembros de su familia para liberarse de la responsabilidad contractual o extracontractual que pesara sobre él. En otras palabras si el padre resultaba obligado a tener que reparar los daños causado a otro por alguno que era dependiente de él por su vínculo familiar, podía liberarse de ella entregándole a la víctima al responsable (p.ej. si el hijo era el causante del daño y ello hacía al padre responsable por el hecho de su hijo, el padre podía entregarle a la víctima a su hijo).

c) *Situación de la madre en materia filiativa*

En cuanto a la situación de la madre, una sola frase es suficiente para describir cuál era ella: el Derecho romano negaba todo poder sobre los hijos a la madre.

1.2. *El padre en la visión de la legislación de Las Partidas*

El padre concentra también bajo la legislación de Partidas la autoridad sobre los hijos.



a) *Determinación de la paternidad*

La legislación de Partidas adoptará el mismo criterio recogido en el Derecho romano en cuanto a la determinación de la paternidad. Con todo, bajo la vigencia de las Leyes de Toro, ese criterio será modificado en la práctica pues la investigación de la paternidad será extendida incluso a los hijos provenientes del delito de estupro que serán reputados como naturales⁴. Esa extensión será motivada por la plena recepción del criterio del Derecho canónico que propendía a que el autor del delito contrajera matrimonio con la afectada.

b) *Contenido de la patria potestad*

Asimismo, para esta legislación, la patria potestad fue concebida como el poder que tienen los padres sobre los hijos y que se va entender incluye la posibilidad de vender o empeñar sus hijos, recién nacido o no y aún “comérselo antes de entregar el castillo de su señor”.

El padre tiene la facultad de corregir a su hijo pero “debe ser con mesura y piedad”⁵.

c) *Situación de la madre en materia filiativa*

El hijo está obligado a amar y obedecer sólo al padre⁶.

1.3. *La paternidad en la codificación civil decimonónica*

En las codificaciones decimonónicas, en general, el padre concentra las facultades sobre los hijos sean éstas sobre la persona de los mismos como sobre sus bienes. La mayor parte de ellas reúne el conjunto de esos poderes en la noción de patria potestad. Algunas, en cambio, distinguen entre ambos ámbitos. Es, por ejemplo, el caso chileno que distingue entre cuidado personal para el ámbito personal y la patria potestad para el ámbito patrimonial.

⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio, op.cit.,p. 141.

⁵ Ley 18, título 18, Partida 4.

⁶ Ley 1, título 19, Partida, 4.



En lo que nos interesa, en todas las legislaciones decimonónicas el padre concentra el mayor número de esas facultades, en los términos que a continuación se referirán. En cualquier caso la patria potestad se define expresamente como el conjunto de derechos que tiene el padre y, como precisa el art. 260 CC español, “estos derechos no pertenecen a la madre”.

a) *Determinación de la paternidad*

La paternidad es reconocida como el vínculo jurídico voluntariamente asumido por el padre. De este modo, en las codificaciones de esa época no cabe procedimiento alguno de investigación de la paternidad⁷ esto es, sólo es el padre quien ha reconocido voluntariamente al hijo como suyo sin que pueda forzársele al reconocimiento.

Las razones de esa negativa surgen claras de las palabras de varios de los codificadores. Así García Goyena afirma, en España, que “La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo o sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de este se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad”⁸. En Chile, Bello, redactor de su Código civil, dirá en el Mensaje con que éste se acompaña que “la calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado. ¿Cómo, pues dejarla a merced de pruebas testimoniales tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar a un hijo o hija de malas costumbres, y se le

⁷ Prohibían la investigación de la paternidad los arts. 340 del Code, 342 y 343 del Código Holandés, por ejemplo.

⁸ La revisión de la mirada dispensada a la paternidad puede verse de modo claro en los comentarios formulados por García Goyena al Código civil español que, como es sabido, será uno de los juristas que mayor influencia tendrá en la codificación hispánica de 1889.



pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido?”

Como puede advertirse, se consideraba entonces que la investigación de la paternidad, esto es la búsqueda del verdadero padre, en contra de su voluntad violentaba al matrimonio que éste tuviese y suponía validar las relaciones ilegítimas en que la procreación del hijo había tenido lugar.

b) Contenido de la patria potestad

En cuanto al contenido concreto de la paternidad, la patria potestad es en todos entregada al padre, con un alcance bastante semejante pero sin que deba dejar de indicarse que también se contienen algunas sutiles diferencias.

Así, en cuanto a la relación de tipo personal entre padres e hijos, varios Códigos civiles le consagran el deber de respeto y obediencia de los hijos para con ambos padres (art. 371 del Código Civil francés, art. 233 Código Civil de la Louisiana). Otros, en cambio, como el Código Civil chileno, en su artículo 219, establecerán que “los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre, pero estarán especialmente sometidos a su padre”.

Asimismo, en cuanto al cuidado de la persona de los hijos, varios Códigos van a establecer que el hijo no puede dejar la casa paterna sin permiso de su padre mientras esté bajo patria potestad⁹ o que él es quien dirige la educación de los hijos¹⁰.

Se dispone asimismo que el padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos. El Código español agregará, en el artículo 147, que “cuando esto no se alcance, podrá imponerles, con intervención del juez del domicilio, hasta un mes de retención

⁹ Entre ellos, por ejemplo, así lo establecían el artículo 274 Código Civil francés, artículo 212 del Código Civil sardo.

¹⁰ Art.74 Código Civil prusiano y art.1148 del Código Civil austríaco.

en el establecimiento correccional destinado al efecto". El Código Civil francés permitía que si el hijo era menor de 16 años el padre pudiese hacerle arrestar hasta por un mes¹¹, el Código Holandés por hasta tres meses para el hijo que no había cumplido 15 años, etc. El Código de Luisiana matizaba, en su artículo 256, que existía ese derecho a corregir a los hijos "con tal que sea de manera razonable".

El fundamento para darle esa facultad de corregir y castigar se desprenden de las palabras de Garcia Goyena: "el padre, encargado de mantener la disciplina doméstica, debe estar armado por la ley de todos los medios necesarios y razonables para conseguirlo. Si tiene la obligación de educar bien al hijo ¿cómo negarle el derecho de castigarle y corregirlo? Esta obligación es la fuente y base de los derechos de patria potestad relativos a la persona del hijo"¹².

En varios sistemas además, el padre tenía el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo y "dirigir su educación del modo que crea más conveniente"¹³.

Igualmente, la administración de los bienes era entregada al padre quien tenía la representación de los hijos menores¹⁴. El art. 512 del Código austríaco disponía que "los hijos que están bajo la potestad del padre no pueden contraer, ni hacer acto alguno sin la asistencia de su padre". El padre no perdía esa facultad ni por enviudar.

c) *Situación de la madre en materia filiativa*

La patria potestad de los hijos menores de edad correspondía al padre. Así lo reconocían los Códigos europeos como el Código Civil francés en su artículo 572 o los herederos de la tradición francesa como el Código Civil de Luisiana¹⁵ y holandés¹⁶.

¹¹ Art.375, 376 y 377 del Código Civil francés.

¹² GARCÍA GOYENA, Florencio, op.cit., p.158.

¹³ Art. 255 del Código Civil chileno

¹⁴ Art.389 francés, art.362 holandés y art.232 de la Louisiana así lo consagraban.

¹⁵ En su art.234.

¹⁶ En su art. 354.



No será distinto en la codificación latinoamericana. El art. 288 del CC colombiano de 1887 dispone, de modo idéntico, que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, aclarando expresamente que esos derechos “no corresponden a la madre”.

Lo mismo se afirmaba en el Código Civil argentino antes de la reforma de 1985¹⁷. La tenencia de los hijos menores de 5 años quedaba siempre a cargo de la mujer. En cuanto a los mayores de esa edad, su tenencia correspondía al padre que, de acuerdo a su juicio, fuera el más propio para educarlos sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer preferente derecho a retenerlos. La madre sólo tiene derecho a suceder cuando fallece el padre.

1.4. La reforma progresiva de las normas relativas a la paternidad en la segunda parte del siglo XX

La concepción recién referida de la paternidad comenzará a cambiar progresivamente a partir de la segunda parte del siglo pasado, esto es por los años 1950.

1.4.1. La paternidad en el nivel internacional

La espiral de cambios que se desencadenará vendrá impulsada por, un lado, por la nueva concepción de la relación entre los padres y, más aún, entre varón y mujer, que los Tratados internacionales comenzarán a consagrar. Estos mismos documentos recogerán la segunda causa que incidirá en la mirada dispensada a la paternidad: el reconocimiento del conocido principio del interés superior del niño.

a) La influencia del principio de igualdad de sexos

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸, adoptada en 1948, afirmará en su art. 16.1 que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por mo-

¹⁷ El Código civil argentino fue reformado por Ley 23.264 de 1985.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

tivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” lo que será reafirmado en el art. 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁹ iniciando el reconocimiento de la igualdad en materia de familia en un primer tiempo específicamente respecto del matrimonio pero, luego, se irá ensanchando hacia otros aspectos de la regulación jurídica de la familia.

Ello será reafirmado además en el orden latinoamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978²⁰ en su art. 4: “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Más tarde, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986²¹ aplicará el principio de igualdad entre los sexos en materia filiativa al reconocer que “el niño debe ser cuidado por sus propios padres” (art.3).

El prisma de corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos quedará finalmente plenamente acogido en el documento considerado esencial en materia de infancia en el plano internacional

¹⁹ Art. 23. 4: “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

²⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

²¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.



que es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²² cuyo artículo 18.1 dispone que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”.

En todos esos documentos se construirá el principio de igualdad entre varón y mujer que se entenderá consecuencia clara de su igualdad en dignidad y que forzará, por doquier, a las distinciones existentes en las legislaciones internas que se considerarán discriminatorias a la luz de ese principio.

b) *El cambio de perspectiva de la relación filial: el interés superior*

Por otra parte, otra gran inflexión en la mirada a la paternidad provendrá del giro en la perspectiva con que se comenzará a concebir la relación filial desde que ella comenzará a estar enfocada principalmente en el bien del menor. Así, en el ámbito latinoamericano, se dispondrá en el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978²³ que los Estados partes, en caso de disolución, adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Luego ello será también plasmado para todos los países en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, antes referida²⁴ en que se dispondrá, en su art. 5, que “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.

²² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor: 2 de septiembre de 1990.

²³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, op.cit.

²⁴ Loc.cit.

Esa mirada centrada en el niño adquirirá consagración general en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²⁵ a través de la fórmula reconocida de interés superior del niño que se establecerá como deber para las autoridades de cualquier orden. Así, su artículo 3.1 dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Se reconocerá también como criterio rector para los padres, en el artículo 18.1, que dispone que para los padres la preocupación fundamental debe ser el interés superior del niño.

La introducción de este principio será considerada una gran innovación en cuanto se ha sostenido responde a una nueva mirada de la situación del niño: el abandono de la doctrina de la protección integral del menor y su sustitución por la doctrina del niño como sujeto de derechos. La evolución de este principio ha sido tal que, de hecho, hoy es considerado como uno de los principios generales del Derecho internacional y ha sido reconocido por la mayor parte de los países del mundo al ser el documento internacional que mayor número de ratificaciones ha tenido.

1.4.2. *La paternidad en las legislaciones internas*

La recepción de los principios recién referidos en el orden internacional desencadenará una revisión manifiesta de la legislación interna de cada país. Como en pocas materias, lo dispuesto en esos Tratados comenzará a ser invocado en la discusión interna de muchos países comenzándose a exigir la reforma de la legislación de familia contenida en los Códigos por considerarse discriminatoria respecto de la mujer tanto en su dimensión de cónyuge como de madre. Y ello generará una revisión absoluta del Derecho de familia con el sello importante de que, como nunca antes, todas las reformas legales señalaran entre una de sus motivaciones la necesidad de adaptar la legislación interna a lo dispuesto en los tratados internacionales. Debe

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor: 2 de septiembre de 1990.



destacarse que esa reivindicación no se ha detenido y que seguimos viendo como ella sigue impulsando un conjunto permanente de reformas en términos que la reforma a la legislación de familia se ha constituido en el área legislativa de mayor actividad.

Todas esas reformas incidirán en la comprensión clásica de la paternidad, reformando los mecanismos de determinación de paternidad y las reglas de cuidado personal y patrimonial de los bienes de los hijos.

a) En cuanto a la determinación de la paternidad

En cuanto a la determinación de la paternidad, las puertas a la investigación serán abiertas de par en par. Así, el criterio progresivamente incorporado en las legislaciones civiles de familia ha sido el de la libre investigación de la paternidad que se entiende consecuencia del derecho a la identidad consagrado en los tratados internacionales, en especial en el art. 7.1 de la Convención de los Derechos del niño²⁶.

Fruto de esa recepción han sido las reformas habidas en la mayor parte de las codificaciones en orden a establecer acciones destinadas a que el hijo o, su representante legal en su caso, puedan investigar mediante variadas pruebas quien es el padre biológico y, de ese modo, forzarle al reconocimiento del hijo.

Debido a ello es que, hoy, en la mayor parte de las legislaciones europeas²⁷ y latinoamericanas exista pleno acceso a las pruebas biológicas (siendo la más utilizada la del ADN).

Así sucede en Europa donde legislaciones, como la francesa, tienen un reconocimiento jurisprudencial de ese principio, decidién-

²⁶ El art. 7. 1 de la Convención de los Derechos del niño establece que "El niño tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, imponiendo a los Estados partes el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas, y cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, dichos Estados partes deben prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad". Art8.

²⁷ Así lo reconocen los arts. 115, 120 y ss. del Código civil español, arts. 318-1 y ss. del Código civil francés.

dose que el acceso a las pruebas biológicas es un derecho en materia de filiación, salvo que exista un motivo legítimo para no proceder²⁸.

Lo mismo acontece en el Derecho latinoamericano. Así, el art. 195 del Código Civil chileno, expresamente dispone, en su art. 195, que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen” y en su art. 198 se reconoce que la paternidad puede establecerse por toda clase de pruebas. Y lo mismo se reconoce en el Código civil argentino al admitir toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. Incluso existe allí una Comisión Nacional por el Derecho a la identidad que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y que, entre sus objetos, tiene “coadyuvar en el cumplimiento del compromiso asumido....al ratificar la Convención de los Derechos del niño con rango constitucional desde 1994, en lo atinente al derecho a la identidad”²⁹.

Para asegurar el derecho a la identidad se han establecido o reconocido además sendas presunciones de paternidad en caso de negativa del padre a someterse a ella³⁰. Es lo que dispone de modo rotundo el art. 199 del Código civil chileno “la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”. Lo mismo recoge el art. 4 de la Ley de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos en cuanto se dispone que la negativa a someterse a la prueba constituye presunción en contra de renuente. La doctrina argentina ha podido precisar que esa negativa injustificada debe tener una valorización judicial en orden a ser considerada como una presunción favorable al vínculo. Asimismo, la incompatibilidad sanguínea entre reclamante y demandado debe ser suficiente para excluir el vínculo³¹.

²⁸ Corte de Casación, Civ. 1, 28 de marzo de 2000, Dalloz 2000, 731, nota Garé.

²⁹ Art. 1 Ley Comisión Nacional de Identidad, 25-457. Se trata de una ley que tiene además por objetivos impulsar la búsqueda de hijos de desaparecidos o de madres en cautiverio y que debe intervenir en toda situación en que el derecho a la identidad se vea lesionado

³⁰ Así, sucede en los arts.

³¹ BISCARO, La Ley, T. 1987-C, pp.66 y ss, en Código civil de la República Argentina, Legis Argento, 2007, p. 151.



Con todo, debe resaltarse, las mismas normas internacionales que se invocan no lo reconocen como un derecho absoluto. Así, la Convención de los Derechos del niño –que es uno de los tratados que se entiende consagra este derecho- dispone en su art.7 que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos”. Por lo mismo, de entrada se reconocen posibles límites a él. Así los derechos internos establecen varias excepciones en las cuáles él ha de ceder.

Así sucede, entre otros, en el caso de la posesión notoria reconocida en todos los países. Por ejemplo, en Chile, los arts. 200 y 201 C.C. expresamente hacen prevalecer la verdad formal por sobre la biológica. El art. 201 C.C. dispone que “la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción ente una y otras”.

b) Contenido del cuidado personal y la patria potestad

Un segundo grupo de normas y principios que han sido reformados son los que inciden en el cuidado de la persona y los bienes de los hijos. Debe resaltarse que en algunos países, como Chile, ambos aspectos de la relación filial son diferenciados. Un aspecto es el cuidado personal y otro, el de los bienes que corresponde a la patria potestad. En otros países, en cambio, ambas dimensiones se funden en una sola noción que es la de patria potestad.

Con todo y en lo que nos interesa a efectos de esta exposición, ambos aspectos han sido reformados para garantizar que en ambos padre y madre se encuentren en igualdad de trato, aunque debe hacerse en muchos una distinción esencial pues ello aplica sólo cuando los padres viven juntos.

De este modo, la mayor parte de las legislaciones civiles o de familia que regulan la patria potestad han sido progresivamente reformadas para conceder el cuidado y la patria potestad a ambos padres conjuntamente.



Así, primero, se partirá por establecer, siguiendo la definición del art. 288 del Código civil colombiano tras su reforma de 1968³², que la patria potestad “es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados”, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad le impone”. Luego entregaba esa patria potestad al padre y, a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre. Luego, el mismo texto será reformado por Decreto de 1974³³ para asegurar que ella corresponde “a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad.

En idéntico sentido se decanta el Código civil ecuatoriano pues la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad de ambos padres durante el matrimonio, por lo que ambos tienen su representación. Curioso es que, de entrada se dispone que si hay discrepancia en esta labor, ella debe ser resuelta por el juez del niño y adolescente, abriendo paso inmediato a la judicialización de la vida familiar.

Del mismo modo todas las prerrogativas que antes correspondían exclusivamente al padre han sido modificadas. Así, si en Ecuador antes de 1970 el art.302 disponía que el usufructo legal de todos los bienes de los hijos correspondía al padre, tras esa reforma, dispone hoy que el usufructo es de la sociedad conyugal (de la que participan ambos padres). Si antes la administración de los bienes de los hijos estaba a cargo del padre, hoy le corresponde a ambos padres.

Asimismo, si antes la facultad para autorizar al hijo para celebrar contratos dentro de su peculio profesional (conjunto de bienes que obtiene con su trabajo) era del padre, ahora es del padre, de la madre o del guardador, en su caso.

La representación judicial del hijo es ahora de cualquiera de los padres en términos que quien quiera demandar al hijo lo emplaza válidamente con la notificación a cualquiera de ellos³⁴.

³² Ley 75 de 1968 por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

³³ Decreto 2820 de 1974.

³⁴ Art. 318 del Código Civil de Ecuador que modificó el art. 278.



Finalmente, la patria potestad puede terminar por conducta reprochable de cualquiera de ellos como “vida disoluta” en los términos del art. 324 del Código Civil de Ecuador (que reemplazó al antiguo 284 tras la reforma de 1970) y, en tal caso, si es sólo uno queda el otro en el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, si los padres están separados, divorciados, o no viven juntos, el trato igualitario desaparece en muchos sistemas. En efecto, en tal caso, la patria potestad corresponde al que tenga el cuidado del hijo. Es lo que sucede en Ecuador donde su art. 325 del Código Civil dispone que “la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo”. Lo mismo se decide en el Código civil argentino que en su art. 264, establece que en el caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, la patria potestad se la confiere al padre o la madre que ejerza legalmente la tenencia. Criterio semejante adopta la legislación civil peruana al entregar en estos casos el cuidado al cónyuge a quien se le confió³⁵. En igual sentido se pronuncia el Derecho boliviano, cuyo art. 145 del Código de Familia dispone que el cuidado personal queda en manos del padre o madre que ofrezca mayores garantías en relación al mejor cuidado e interés moral y material de los niños. El otro padre que no tenga el cuidado está obligado, en conformidad al art.146, a ayudar a la manutención y tiene los derechos de visita, supervisión de la educación y el mantenimiento del hijo.

La tendencia ha sido imponer el cuidado del hijo a ambos padres, introduciéndose incluso un concepto antes desconocido en la legislación civil como es el de corresponsabilidad. El caso más claro de reconocimiento de esta nueva noción puede encontrarse en Ecuador donde ella fue introducida a nivel constitucional en reforma a la Constitución de 1998. En efecto, en su art. 40 se dispone que “el Estado promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos”.

Debe resaltarse que la transformación de perspectiva ha sido tan evidente que incluso en algunos, como en Chile, puede decirse

³⁵ Art.420 del Código Civil de Perú.

que el péndulo ha pasado exactamente desde un extremo a otro en ciertos casos. En efecto, en caso de estar separados los padres o no vivir juntos, si no existe acuerdo entre los padres de que el cuidado personal corresponda al padre, la regla legal supletoria es que el cuidado corresponde a la madre en conformidad al art. 225 de su Código Civil. A su vez, las reglas que regulan la patria potestad disponen que ella corresponde a quien tiene el cuidado personal. Como es fácil concluir, la relación de ambas reglas produce como efecto que, en el caso de separación, la madre concentra todos los derechos y facultades respecto del hijo en términos que ella puede decidir cómo educarle, dónde educarle, a qué lugares llevarle, qué médicos deben tratarle, etc., sin necesidad de consultar al padre. Esta concentración de derechos en la madre ha determinado la formación de varias entidades de padres que, en estos momentos, reivindican el derecho a que, al menos, el cuidado de sus hijos sea compartido con la madre. Y ese reclamo está siendo recepcionado por un buen número de legisladores en términos que existen dos proyectos en trámite tendientes a consagrar legalmente el cuidado compartido, derogando con ello la regla legal supletoria que asigna el cuidado a la madre.

La idea de corresponsabilidad entre padres se ha ido progresivamente extendiendo en términos de que ha inspirado numerosas reformas.

Algunas, civiles como las relativas a las normas de cuidado y patria potestad de los hijos. Así, siguiendo con lo recién referido, debe resaltarse que otros países han ido mucho más allá consagrandolo ya legislativamente que incluso en el caso de separación, nulidad o divorcio la obligación de ambos padres se mantiene. Las fórmulas actualmente aceptadas para ello son muy variadas. Algunos distinguen entre custodia legal conjunta (entendiendo que ella se da cuando ambos padres comparten el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño) y la custodia física conjunta (cuando cada uno de los padres tiene períodos significativos de custodia física). En ellos se considera que ambos aspectos deben ser conjuntos y que incluso debe adoptarse como política pública el alentar “a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos”. Ejemplos de esta mirada es la del Estado de California en USA o la de la legislación



brasileña que, tras reforma de 2008³⁶, establece una preferencia por la guarda compartida e incluso la responsabilidad parental compartida (el padre no custodio tiene siempre poder de fiscalización de su mantenimiento y educación). Otros países distinguen entre las obligaciones en general de los padres y la custodia o guarda de los hijos. Las primeras corresponden a ambos padres y la segunda puede corresponder a ambos padres o incluso ser impuesta por el juez a ella aún a falta de decisión de ellos. Es lo que sucede actualmente en España³⁷ o en Italia³⁸.

Asimismo, la corresponsabilidad se ha ido extendiendo aún fuera de las reglas civiles, por ejemplo, en materia laboral tratándose de la protección a la maternidad.

Así, en el presente, muchos países tienen sistemas de protección a la maternidad que consideran dos etapas: la primera, que ocurre inmediatamente después del parto, es un período de recuperación física de la madre y a ésta se la apoya mediante un permiso maternal. En muchas ocasiones, al finalizar el permiso maternal se ofrece un nuevo permiso, el permiso parental, cuyo objetivo es apoyar a la familia en la crianza del niño. En numerosas naciones, este permiso parental es intercambiable entre el padre y la madre y, en general, tiene una duración de varios meses o incluso a veces años.

546

2. La evolución habida desde su revisión crítica

Toda la evolución recién referida presenta aspectos positivos y aspectos discutibles.

2. 1. Aspectos destacables de la evolución

Como aspectos destacables pueden resaltarse, por un lado, la progresiva aproximación del tratamiento jurídico de la paternidad y la maternidad en todo lo que no se justifica establecer diferencia

³⁶ Ley 11698 de 2008 que altera os arts. 1583 e 1584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

³⁷ Art. 92 Ley 15/2005 Ley por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

³⁸ Art. 155 Ley nº54 del 8/2/2006.

alguna. Ello parece evidente desde la progresiva comprensión de la igualdad en dignidad que existe entre varón y mujer. Debe existir igualdad y complementariedad en todo aquello en que no se justifica establecer diferencia alguna.

Por otro lado, puede resaltarse el reconocimiento también progresivo de que la filiación y, con ello, la paternidad y la maternidad, no pueden ser enfocadas desde el interés de los padres sino fundamentalmente del de los hijos. Es la lectura que se recoge tras la recepción del denominado interés superior del niño que constituye, en el presente, el criterio rector de la legislación filiativa.

Ese principio, a su vez, se traduce en varios aspectos. Primero, en la afirmación de que todo conflicto o problema jurídico que pueda afectar a los niños debe ser resuelto siempre desde el acento puesto en la tutela del niño. Segundo, se manifiesta en el denominado derecho a ser oído que tiene el niño que supone reconocerle la oportunidad de que sea actor de los conflictos familiares en que se ve envuelto, si esa es su opción.

2.2. Aspectos a reconducir en la evolución futura de la paternidad y, más en general, la legislación de familia

Por otra parte, la evolución analizada presenta aspectos o efectos que deben ser matizados, precisados o, derechamente, rectificadas.

Así, debe observarse que la regulación que los códigos civiles latinoamericanos otorgaban inicialmente, importada desde los modelos europeos, nunca correspondió ni ha correspondido con la realidad histórica latinoamericana que nunca ha sido de sociedades patriarcales sino siempre fueron culturas matriarcales.

a) Igualdad ¿en qué sentido?

Si bien es cierto que la aproximación del tratamiento jurídico entre padre y madre parece fundado, deben advertirse los límites de esa igualación, En tal sentido, se trata de reconocer la igualdad en dignidad pero no significa uniformidad o identificación absoluta. Padre y madre tienen tareas y desafíos comunes en la relación de sus hijos



pero ni su relación filial ni sus aportes al hijo son idénticos. Desde el derecho eso es claro y debe ser reconocido así.

Así, tienen como tareas comunes el cuidado personal de los hijos que comprende cuidado de la persona, educación, establecimiento, y socorro. Ambos padres deben comprometerse con la vida del hijo y promover su educación integral. No obstante, su aporte al hijo en esa educación no es exactamente igual pues cada uno de ellos entrega al hijo un acompañamiento distinto.

Por lo mismo, la corresponsabilidad familiar que es presentada como un anhelo absoluto debe ser promovida, pero sin olvidar que la diferencia sexual marca una diferencia en el tipo de relación filial y que esa diferencia es un bien para los hijos que debe ser respetada.

b) *Interés superior del niño: un concepto por delimitar*

Por otra parte, si bien es cierto que la incorporación del interés superior del niño en la legislación de familia de muchos países ha supuesto un progreso, en cuanto ha puesto en evidencia la necesidad de decidir en asuntos de familia con expresa consideración de lo mejor para el niño, ella también abre nuevas interrogantes, algunas muy serias.

En efecto, el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, esto es, no definido, lo que deja necesariamente entregada su delimitación a la interpretación judicial y, como es sabido, ello presenta aspectos resaltables pero también discutibles.

Aspecto rescatable es su posibilidad de adaptación a los distintos casos a los que puede ser aplicado lo que resulta importante si se considera que cada caso de familia es distinto. Por el contrario, un aspecto preocupante es que, en numerosas oportunidades, el interés superior del niño es utilizado como un medio para hacer prevalecer intereses o concepciones de los adultos por sobre las de los niños. Es lo que ha sucedido en varios casos en que se encuentran envueltas cuestiones relativas al comportamiento homosexual de los padres.

c) *Cambio de perspectiva: de la familia al individuo*

Por otra parte, como hemos referido, uno de los mayores impulsores del cambio progresivo de perspectiva con que las legislaciones civiles enfrentan la paternidad obedece a la recepción interna de los principios y las reglas acordadas en tratados internacionales. Ello no puede sorprendernos porque la mayor parte de las reformas experimentadas, en general, por el Derecho de familia encuentran su fuente en la misma normativa internacional. Como ha sido resaltado, la igualdad es una de las líneas rectoras de la honda transformación habida en el Derecho de familia occidental y, no cabe duda, que su consagración ha sido absoluta en la normativa internacional.

Esta influencia, a primera vista, podría parecer evidente y aún más necesaria. No obstante, como bien se ha resaltado³⁹, esa línea de influencia plantea una pregunta esencial para el Derecho de Familia ¿pueden extraerse de modo absoluto principios consagrados en tratados internacionales en materia de familia cuando la lógica de los derechos humanos es una de derechos subjetivos individuales? La pregunta alude al hecho de que -no debe olvidarse- que la protección internacional ha sido siempre pensada en la lógica de tutela del particular frente al Estado pero no del particular frente a otro particular con el que, además, se encuentra conectado por vínculos de sangre, de parentesco, de matrimonio, etc.

No cabe duda que esa lógica no es suficiente para el Derecho de familia. Por el contrario, su aplicación mecánica conduce a concebir a la familia como una mera agrupación de intereses, muchas veces en conflicto. La familia aparece en esta lógica como una mera agrupación de intereses enfrentados entre sí olvidándose que, por una parte, la familia no es una simple agrupación de derechos e intereses individuales y que, por otra, ella no puede sustentarse en una mirada como esa. Por ello, el esfuerzo de la legislación en materia de familia no es sólo decidir quién tiene la razón, cuál es el mejor interés que debe primar sobre todos, sino qué es lo mejor para la familia, que solución existe para que esa familia pueda seguir unida, cómo deben

³⁹ LEQUETTE, Recodification civile et prolifération des sources internationales, en Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Paris, 2004, pp. 191 y ss.



ser compatibilizados los intereses de unos y otros para lograr que la familia subsista pese a los conflictos.

Desde ese punto de vista la perspectiva internacional no puede ser trasladada a la familia de modo automático pues supone abandonar la mirada global que la familia requiere. La sola perspectiva individual sólo conduce a generar más conflictos y, en otros casos, a dejar conflictos sin solución.

A modo de conclusión

Un largo recorrido ha tenido la regulación jurídica de la filiación y, en especial, de la paternidad. No entendemos hoy todo lo que antes pudo disponerse pero ello no ha de ser óbice para rescatar aquello que de verdad trasciende a toda época.

En tal sentido, la paternidad ha sido revisada absolutamente y ello representa una oportunidad siempre que ello sea entendido en su adecuado contexto: una oportunidad del padre para el adecuado desarrollo del hijo que debe ser complementada, para que ello sea alcanzable, por la maternidad.