

El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes*

*Cecilia Fresnedo de Aguirre***

RESUMEN. En materia de filiación, en el ordenamiento jurídico uruguayo coexisten normas de diversa índole: de fuente interna o internacional, materiales o de conflicto, elaboradas desde el siglo XIX hasta nuestros días, cada una de las cuales refleja las políticas legislativas imperantes en su momento en la sociedad nacional, regional o universal. Algunas discriminan gravemente entre distintos tipos filiatorios —en especial, la filiación legítima y la ilegítima— y establecen soluciones también discriminatorias, mientras que otras imponen la obligación de reconocer los mismos derechos a los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio. Se analiza aquí el contenido de dichas fuentes, cómo operan entre sí, qué ha hecho y qué deberá hacer el legislador nacional e internacional en la materia, así como el papel del juez a la hora de interpretar y aplicar las normas de DIPr sobre filiación, teniendo en cuenta las convenciones sobre derechos humanos, el papel de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la incidencia del *ius cogens* superviniente en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, así como en el DIPr de fuente interna y las consecuencias de los criterios propuestos.

ABSTRACT. As regards filiation, different types of regulations co-exist within the Uruguayan legal system: based on internal or international sources, on material or conflict sources, drawn up since the 19th century to this day, regulations which reflect prevailing legislative policies at the time in the national, regional or universal societies. Some regulations make a severe distinction between different types of filiation – especially between legitimate and

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; Profesora Titular (grado 5) de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de la Universidad de la República; Profesora Adjunta (grado 3) de Derecho Internacional Privado.

illegitimate filiation – and put forward discriminatory solutions, while others establish the obligation to recognize equal rights for all children, them having been born in or out of wedlock. The content of these sources is analyzed in this paper, how they interact, what the national and the international legislator has done and will have to do as regards this subject, as well as the role played by the judge when it comes to interpreting and applying International Private Law regulations on filiation, taking into account human rights conventions, the role of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the effect of the supervening *ius cogens* in the Treaties on International Civil Law of Montevideo of 1889 and 1940, as well as in the International Private Law based on internal sources and the consequences of the criteria proposed.

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos; filiación; tratado; derecho internacional privado; armonización.

KEY WORDS. Human rights; filiation; treaty; International Private Law, Harmonization.

SUMARIO. 1. Planteo introductorio. 2. La filiación en las normas de derecho internacional privado de fuente internacional: los tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y de 1940. 2.1. Filiación legítima. 2.1.1. Ley aplicable. 2.1.2. Jurisdicción competente. 2.2. Filiación ilegítima. 2.2.1. Ley aplicable. 2.2.2. Jurisdicción competente. 2.2.3. Eficacia extraterritorial de sentencia declarativa de filiación ilegítima. 2.3. Filiación legitimada. 2.3.1. Condiciones constitutivas. 2.3.2. Ley aplicable. 3. La filiación en las normas de derecho internacional privado de fuente interna. 3.1. Apéndice del Código Civil. 3.1.1. Interpretaciones de la doctrina. 3.1.2. Necesidad de acomparar las interpretaciones del derecho internacional privado con los nuevos instrumentos sobre derechos humanos. 3.3. Jurisdicción internacionalmente competente. 3.3.1. A los efectos de establecer la filiación. 3.3.2. Filiación como cuestión previa. 3.4. Código de la Niñez y la Adolescencia. 4. Las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos. 4.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. 4.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969. 4.3. Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 1989. 5. Incidencia de las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos en las soluciones de derecho internacional privado en materia filiatoria. 5.1. El derecho internacional general como límite al legislador y al juez nacional. 5.2. El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de 2004. 5.3. La tarea de los jueces mientras no se apruebe el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado. 5.3.1. Aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos. 5.3.2. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1.

PLANTEO INTRODUCTORIO

El tema de la filiación¹ en el Derecho internacional privado (DIPr) ha sido abordado no solamente por normas de conflicto, formales o clásicas, sino también por normas materiales supranacionales de alcance más amplio, referidas a los derechos humanos y a los derechos del niño.

Las primeras datan del siglo XIX, concretamente del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (TDCIM), de 1889² (artículos 16 a 18), soluciones que fueron luego ratificadas —de manera textual— en el TDCIM de 1940.³ En el DIPr de fuente interna o nacional, la filiación no fue regulada como categoría autónoma, lo que llevó al maestro Alfonsín a sostener que existía un vacío normativo a ser integrado por la doctrina más recibida, contenida en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo.⁴

En cuanto a las segundas, cabe mencionar, entre otras, por su especificidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 (artículo 25), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 (artículo 17.5).

¹ Este estudio se acota a la filiación por naturaleza, dejando de lado las distintas formas de filiación adoptiva.

² Aprobados en Uruguay por ley n.º 2207, de 3/10/1892.

³ Aprobados en Uruguay por decreto-ley n.º 10.272, de 12/11/1942.

⁴ ALFONSÍN, Quintín, *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1961, págs. 721-722, n.º 1064.

Por otro lado, Uruguay es parte de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, la de 1969, entre miembros de la Organización de las Naciones Unidas,⁵ y la de 1986, entre Estados y organizaciones internacionales.⁶

Ahora bien, ¿cómo operan entre sí estas fuentes, que coexisten en el ordenamiento jurídico uruguayo, tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial?⁷

A responder este interrogante dedicamos este trabajo.

2.

LA FILIACIÓN EN LAS NORMAS DE DIPR DE FUENTE INTERNACIONAL: LOS TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889⁸ Y DE 1940⁹

La opción de *política legislativa* de los referidos tratados ha sido la regulación fragmentada de distintos tipos filiatorios —en especial, la filiación legítima y la ilegítima—, que establece soluciones discriminatorias con respecto a esta última, debido a que se le acuerda un régimen extraterritorial a la filiación legítima, mientras que con relación a la ilegítima éste es territorial. Ello implica que la filiación legítima será reconocida extraterritorialmente en los demás Estados parte del Tratado; en otras palabras, aquel que es hijo legítimo en Uruguay lo será también en Argentina y Paraguay. En cambio, la filiación ilegítima sólo tendrá efectos territoriales, por lo que deberá acreditarse en todos los países donde ella se pretenda hacer valer.

Este sistema, además de ser contrario a las normas materiales supranacionales en la materia ratificadas por Uruguay, como desarrollaremos más adelante, puede generar pro-

⁵ Esta Convención fue aprobada en Uruguay por decreto-ley n.º 15.195 de 19/10/1981.

⁶ Esta Convención fue aprobada en Uruguay por ley n.º 16.173 de 30/3/1991.

⁷ Ya habíamos planteado esta inquietud en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 17.2.D, Uruguay”, en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur* (obra colectiva coordinada por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO), Zavallía, Buenos Aires, marzo de 2003, págs. 663-665 y en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de derecho internacional privado*, t. II, Parte especial, vol. 1, FCU, Montevideo, 1.ª ed., 2003, págs. 217-234.

⁸ Vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Perú y Colombia.

⁹ Vinculan a Uruguay con Argentina y Paraguay.

blemas prácticos complejos. Entre otros, y como advierte Alfonsín,¹⁰ que la misma persona podría ser al mismo tiempo hijo legítimo e ilegítimo, aunque, como se verá, “sólo pueden tener filiación ilegítima los hijos que no la tienen legítima”, es decir, la interferencia entre la filiación legítima y la ilegítima debe resolverse a favor de la primera.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 regulan este tema a partir de la realidad social y cultural de la época, determinante de una política legislativa acorde, que implicaba una clara distinción entre la filiación legítima y la ilegítima. Los principios imperantes en esa sociedad —bastante hipócrita, por cierto— llevaban a centrar toda la regulación del derecho de familia en torno a la familia legalmente constituida, sobre la base del matrimonio jurídicamente válido y de la potestad marital. Con respecto a la filiación, se daba un tratamiento diferencial a los hijos habidos del matrimonio y a los habidos fuera de él, considerando legítimos a los primeros e ilegítimos a los segundos. Habría sin duda chocado a la “moral” y a las “buenas costumbres” (*sic*) de la sociedad uruguaya —y de la mayoría de los países— de la época una regulación jurídica que asimilara la situación de los hijos legítimos y los ilegítimos.

De más está explicar aquí que este modelo resulta perimido en la sociedad contemporánea, no sólo en nuestro país sino por lo menos en el mundo occidental. Y esto no implica por cierto un juicio de valor, sino una mera constatación fáctica.

2.1. FILIACIÓN LEGÍTIMA

2.1.1. Ley aplicable

Explica Alfonsín¹¹ que, conforme a las disposiciones del TDCIM de 1889 y a sus antecedentes, para que exista filiación legítima se requieren dos condiciones: que exista matrimonio válido entre los progenitores del hijo (artículo 16) y que el hijo provenga de ese matrimonio (artículo 17). Idéntica solución plantean los artículos 20 y 21 del TDCIM de 1940.

En consecuencia, nótese que los artículos 16 y 20 de los respectivos Tratados no regulan la filiación legítima, sino sólo la primera de las condiciones exigidas por el Tratado para que se configure dicha filiación: la cuestión previa de la validez o nulidad del matri-

¹⁰ ALFONSÍN, op. cit., págs. 714 y 717, n.ºs 1058 y 1059

¹¹ *Ibidem*, págs. 712-713, n.º 1057.

monio entre los progenitores. Esto se infiere del análisis de los referidos artículos 16 y 17 del TDCIM de 1889, y 20 y 21 del TDCIM de 1940; los artículos 17 y 21 regulan “las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio”, como por ejemplo, si el hijo proviene o no del matrimonio.

Alfonsín¹² planteaba el problema de si debía aplicarse el artículo 16 o el 11 del TDCIM de 1889 para regular la cuestión previa de la validez del matrimonio. El punto tenía importancia práctica en la época en que el maestro uruguayo escribió su obra, ya que Argentina no admitía el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial. En consecuencia, resultaba fundamental determinar si la condición constitutiva de la filiación legítima —validez del matrimonio de los progenitores— se regulaba por el artículo 11 o por el 16 del Tratado, ya que el artículo 11 permite a los Estados parte desconocer la validez del matrimonio por las razones materiales que enumera, entre las que se encuentra el vínculo anterior no disuelto legalmente, mientras que el artículo 16 no establece esta facultad. Sostenía el maestro uruguayo que debía aplicarse el artículo 16, por ser norma específica con respecto a la del 11. Agregaba que, de lo contrario, habría sido inútil incluir el artículo 16 en el Tratado. La consecuencia de dicha interpretación era la imposibilidad de desconocer la validez del matrimonio válido conforme a la ley del lugar de su celebración invocando los impedimentos previstos en el artículo 11 del mismo Tratado. Cabe extender este razonamiento a los artículos 20 y 21 del TDCIM de 1940, cuyo texto es idéntico.

Con respecto a los problemas que plantea la conexión “domicilio conyugal¹³ en el momento del nacimiento del hijo” (punto de conexión de realización fija), previsto en los artículos 17 y 21 de los respectivos TDCIM para determinar la ley aplicable a “las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez y nulidad del matrimonio”, empecemos por señalar que, cuando al momento del nacimiento del hijo no existía domicilio conyugal fijado de común acuerdo por los cónyuges, y además éstos vivían en Estados diferentes, el punto de conexión previsto en los artículos 17 y 21 resultaba de realización imposible.

Los artículos 8 de ambos TDCIM definen el punto de conexión *domicilio conyugal* como aquel donde viven los cónyuges de consuno, pero a falta de éste establecen que “se

¹² *Ibidem.*

¹³ Véase sobre este tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, op. cit., págs. 178-182.

reputa por tal el del marido”. Esto último carece de eficacia en Uruguay por ser contrario a su orden público internacional.¹⁴ Por tanto, concluye Alfonsín, desde el punto de vista uruguayo, se aplica la ley del Estado donde, al tiempo del nacimiento del hijo, ambos cónyuges habían fijado de común acuerdo su domicilio conyugal; en su defecto, donde ambos cónyuges tenían separadamente domicilios propios; y en su defecto —o sea, cuando al tiempo del nacimiento del hijo ambos cónyuges tenían domicilio propio en Estados distintos—, el Tratado resulta inaplicable.

La filiación legítima, una vez establecida conforme los artículos 16 y 17, o 20 y 21, de los respectivos TDCIM, posee eficacia extraterritorial en todos los Estados parte del Tratado.

2.1.2. Jurisdicción competente

La norma que regula la jurisdicción en ambos TDCIM es el artículo 56, que ofrece en principio dos opciones al actor: los jueces del Estado cuya ley es aplicable a la relación, o los del Estado donde el demandado tenga su domicilio. Con respecto a la segunda, afirmaba Alfonsín que “compromete la armonía entre la ley reguladora de la filiación y la *lex fori*, que siempre conviene preservar”. Sin duda el criterio Asser establecido en el inciso 1.º de los artículo 56 tiene la ventaja de evitar las desarmonías a que refiere Alfonsín, y la posible contravención del orden público internacional del foro. Claro que actualmente, estando todos los Estados parte de ambos TDCIM vinculados además por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y por el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, no parece probable que se pudiera plantear un problema de este tipo.

En consecuencia, podría optarse por cualquiera de los dos criterios referidos que ofrecen los TDCIM en sus artículos 56, a opción del actor, y teniéndose en cuenta el principio *favor filii*. No cabría en cambio recurrir a la prórroga *post litem* prevista en el inciso 3.º del artículo 56 del TDCIM de 1940, porque esa norma exige como condición que se trate de una acción referente a derechos personales patrimoniales, lo cual no sería el caso de la filiación.

Lo dicho refiere a las acciones en que se plantean cuestiones referidas al establecimiento o la revocación de la filiación legítima, ya que cuando la filiación legítima se

¹⁴ Ello desde la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, n.º 10.783, de fecha 18/9/1946.

plantea como cuestión previa¹⁵ de otra principal, será el juez que está entendiendo en esta última quien tendrá competencia para pronunciarse acerca de aquélla.¹⁶

Ahora bien, con respecto al criterio Asser establecido en los artículos 56.1 de ambos TDCIM, debe tenerse en cuenta que, para entender en una controversia sobre filiación, tienen jurisdicción internacional los jueces del lugar de celebración del matrimonio y también los del domicilio del demandado cuya filiación se discute. Pero si se discuten “cuestiones sobre la legitimidad de la filiación ajenas a la validez del matrimonio, pueden ser planteadas ante los jueces del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo” o “ante los jueces del domicilio del demandado”.¹⁷

2.2. FILIACIÓN ILEGÍTIMA

2.2.1. Ley aplicable

Los TDCIM de 1889 y de 1940 regulan de manera idéntica la filiación ilegítima en sus artículos 18 y 22 respectivamente, los cuales establecen: “*Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos*”. Se trata, a diferencia de lo que ocurre con la filiación legítima, de una solución territorial.¹⁸

La única diferencia que podría invocarse a este respecto sería, como advierte Alfonsín,¹⁹ que el Tratado de 1940 amplía el ámbito de aplicación del artículo 1, que en el Tratado de 1889 se limitaba a “la capacidad de las personas”, dado que en el de 1940 se agrega “la existencia y el estado de las personas físicas”. No obstante, concluye el maestro, el artículo 1 del TDCIM de 1940 no modifica en nada la regulación de la categoría *filiación*. El artículo 1 refiere al “estado” como una situación propia de cada persona. Si interpretáramos el alcance extensivo de esta categoría de forma tan amplia que permitiera calificar en ella a la filiación, esto tendría como consecuencia la regulación del estado de hijo por la ley del domicilio del hijo, el de padre por el suyo, etc., lo cual conduciría a

¹⁵ Ver sobre el tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 6.4.7. Cuestión previa”, en *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, op. cit., págs. 292-295 y en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, t. I, Parte general, págs. 205-218.

¹⁶ ALFONSÍN, op. cit., pág. 714, n.º 1057.

¹⁷ BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, t. I, 2.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 464.

¹⁸ ALFONSÍN, op. cit., pág. 714, n.º 1058.

¹⁹ *Ibidem*, págs. 719-720, n.º 1062.

resultados inextrincables, afirma. Además, al no especificar un momento para determinar el domicilio, regularía el estado y la filiación por la ley del domicilio actual y variable.

En el mismo sentido, en la doctrina argentina se pronuncia Goldschmidt,²⁰ quien sostiene que “no es posible someter la filiación extramatrimonial como problema de ‘estado’ del hijo y de su progenitor, a la ley domiciliaria del primero o del segundo”.

Nótese que los artículos 18 y 22 no regulan las condiciones de la filiación ilegítima, sino sólo sus consecuencias, puesto que el punto de conexión *lugar “donde hayan de hacerse efectivos” los derechos y obligaciones correspondientes* alude exclusivamente al territorio donde ocurre la consecuencia.²¹ Alfonsín plantea entonces los siguientes interrogantes: ¿cada Estado tiene libertad de regular dichas condiciones mediante sus normas de DIPr nacionales?, ¿o todos los Estados deben regularla mediante la misma ley territorial que regula las consecuencias? Concluye pronunciándose a favor de la segunda solución, ya que la primera implicaría que los TDCIM previeron sólo el régimen de las consecuencias de la filiación ilegítima pero no el de las condiciones, lo cual tornaría inaplicable lo dispuesto por los artículos 18 y 22.

En consecuencia, la ley territorial decidiría, en opinión de Alfonsín —aunque los TDCIM no lo dicen—, acerca de las condiciones, los requisitos, plazos y pruebas admisibles para que sea establecida o revocada una filiación ilegítima, así como de los medios jurídicos para establecerla o revocarla (reconocimiento, investigación, etc.). Claro que, como advierte el referido autor, sólo pueden tener filiación ilegítima los hijos que no tienen filiación legítima.²²

La consecuencia de la regulación dada por los TDCIM a la filiación ilegítima es su eficacia exclusivamente territorial, es decir, la imposibilidad de reconocerle, en principio y con una interpretación rígida de las normas, eficacia extraterritorial al reconocimiento de hijo natural realizado en el extranjero. En palabras de Alfonsín: el hijo que ha logrado establecer su filiación ilegítima en el Estado A y que quiere invocar su filiación en el Estado B, “tendrá que establecerla nuevamente en B, conforme a la ley de B”. No obstante, sostenía ya hace décadas el maestro uruguayo,²³ con su genial sentido jurídico, el rigor de este precepto suele ser atenuado, reconociéndosele eficacia en B al reconocimiento volun-

²⁰ GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 353, n.º 293.

²¹ ALFONSÍN, op. cit., págs. 714-715, n.º 1058.

²² *Ibidem*, pág. 714, n.º 1058.

²³ *Ibidem*, págs. 715-716, n.º 1058.

tario efectuado en A si los derechos de los respectivos Estados son compatibles. Pero ello no surge del Tratado sino “de la voluntaria aquiescencia del Estado B”.

2.2.2. Jurisdicción competente

2.2.2.1. CRITERIO ASSER

Como consecuencia de la territorialidad del régimen de la filiación ilegítima en ambos TDCIM, y en virtud de sus artículos 56.1, son competentes para entender en las cuestiones referentes al establecimiento o la revocación de la filiación ilegítima los jueces del Estado donde se invoque el vínculo.

En la práctica este sistema, aplicado en forma rígida, llevaría al absurdo de tener que establecer —o revocar— la filiación ilegítima en cada Estado donde se pretenda hacer valer, ya sea en una sucesión, en un juicio de alimentos, etc.

2.2.2.2. CRITERIO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO

Según Alfonsín,²⁴ cuestiones relativas al establecimiento o la revocación de la filiación ilegítima no pueden plantearse ante los jueces del domicilio del demandado (artículo 56.2), ya que los pronunciamientos respectivos sólo tienen efecto territorial. Boggiano,²⁵ en cambio, considera que sí tienen competencia los jueces del domicilio del demandado, conforme el artículo 56.

2.2.2.3. COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO PRINCIPAL

Claro que —como se explicó *supra*—, si la filiación ilegítima se plantea como cuestión previa de otra principal (sucesión, alimentos, etc.), el juez competente para entender en la cuestión principal lo será para resolver también la cuestión previa.²⁶

2.2.3. Eficacia extraterritorial de sentencia declarativa de filiación ilegítima

Alfonsín²⁷ sostenía que una sentencia de declaración de filiación ilegítima nunca podría tener eficacia extraterritorial —en el ámbito de los respectivos Tratados de Monte-

²⁴ Ibidem, pág. 716, n.º 1058.

²⁵ BOGGIANO, op. cit., pág. 465.

²⁶ ALFONSÍN, op. cit., pág. 716, n.º 1058.

²⁷ Ibidem, pág. 715, n.º 1058 y nota al pie n.º 90.

video—, porque para ello debió haber sido dictada por juez internacionalmente competente, y jamás podría cumplir este requisito, pues los Tratados establecieron un régimen territorial para la filiación ilegítima.

2.3. FILIACIÓN LEGITIMADA

2.3.1. Condiciones constitutivas

Conforme las disposiciones y antecedentes de los Tratados,²⁸ para que haya filiación legitimada se requieren tres condiciones: “que esté establecida cierta filiación ilegítima materna y paterna”, “que exista matrimonio válido entre los progenitores del hijo” y “que dicho matrimonio opere la legitimación”.

2.3.2. Ley aplicable

Las dos primeras condiciones se rigen por las leyes aplicables a las respectivas categorías: la filiación ilegítima, por la ley territorial, y la validez del matrimonio, por la ley del lugar de su celebración.

Con respecto a la tercera condición —que el matrimonio opere la legitimación—, Alfonsín²⁹ sostiene que el régimen es territorial, porque el supuesto es la filiación ilegítima: “la legitimación, fundada sobre una filiación ilegítima de alcance territorial, no puede tener mayor alcance que ésta”. Agrega que los artículos 16 y 22 de los respectivos TDCIM sólo refieren a la cuestión previa de la validez o nulidad del matrimonio, y que la ley de la celebración del matrimonio regula sus condiciones, pero no sus consecuencias. Por lo tanto, es la ley que regula la filiación la que determina si el matrimonio produce o no la consecuencia de legitimar a los hijos ilegítimos y en qué condiciones.

Operti,³⁰ en cambio, considera que la filiación legitimada pertenece también al campo del matrimonio, por lo que será la ley que lo regula la que determine si éste opera o no la legitimación. Esta interpretación resulta más acorde que la de Alfonsín con el tenor literal del artículo 16. Coincide además con la posición de Vico en el Congreso de Montevideo de 1939-40.³¹ Además, la interpretación de Operti tiene como consecuencia la

²⁸ *Ibidem*, págs. 717-718, n.º 1060.

²⁹ *Ibidem*, pág. 718, n.º 1060 y nota al pie n.º 98.

³⁰ OPERTTI BADÁN, Didier, opiniones de clase inéditas.

³¹ Actas de 1939, pág. 42, citadas por ALFONSÍN, op. cit., pág. 718, nota al pie n.º 98.

eficacia extraterritorial del vínculo establecido conforme a la ley del lugar de celebración del matrimonio, lo cual tiende a favorecer la legitimidad del vínculo y su estabilidad.

3.

LA FILIACIÓN EN LAS NORMAS DE DIPR DE FUENTE INTERNA

3.1. APÉNDICE DEL CÓDIGO CIVIL

El Apéndice del Código Civil no prevé la categoría *filiación* en forma autónoma, lo que ha generado discusiones de carácter doctrinario con respecto al problema de la calificación de esta cuestión en el ámbito del DIPr de fuente interna.

3.1.1. Interpretaciones de la doctrina

El codificador nacional Vargas Guillemette³² sostuvo que la norma que regula “*el estado y la capacidad de las personas*” (artículo 2393) “comprende con carácter amplio y general todos los problemas de estado y capacidad de las personas, y entre ellos naturalmente, y en primer término, el de la incapacidad y estado de los menores y dementes, que bajo patria potestad, tutela o curatela, se rigen por las leyes de sus respectivos domicilios”. Y agrega más adelante: “exactamente lo mismo cabe decir con respecto a los problemas de filiación y de ausencia”.

Alfonsín³³ sostuvo en cambio que la filiación no puede incluirse en la categoría *estado* de las personas, regulada en el artículo 2393, porque ésta refiere a una “situación propia de cada persona”. Argumenta que si interpretáramos el alcance extensivo de esta categoría de forma tan amplia que permitiera calificar en ella a la filiación, esto tendría como consecuencia la regulación del estado de hijo por la ley del domicilio del hijo, el de padre por el suyo, etc., lo cual conduciría a resultados inextrincables. Además, al no especificar la norma un momento para determinar el domicilio, regularía el estado y la

³² VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1943, pág. 58, en su dictamen presentado a la Comisión de Códigos del Senado, contestando las objeciones formuladas al proyecto por el fiscal de Corte, Dr. Melitón Romero.

³³ ALFONSÍN, op. cit., pág. 720, n.º 1062.

filiación por la ley del domicilio actual y variable; al no consagrar la norma el “estado adquirido”, se darían “mutaciones extravagantes” en cuanto a la filiación de las personas.

En posición coincidente con la de Alfonsín, aunque refiriéndose al artículo 1 del TDCIM de 1940, que es igual al 2393, sostiene Goldschmidt que “no es posible someter la filiación extra matrimonial como problema de ‘estado’ del hijo y de su progenitor, a la ley domiciliaria del primero o del segundo”.

Consecuente con su postura respecto a la calificación de la filiación, Alfonsín³⁴ sostuvo que, a falta de norma expresa que regulara dicha categoría en forma autónoma y ante la imposibilidad de calificar la filiación en alguna de las categorías existentes, debía integrarse la laguna normativa del DIPr interno recurriendo a la doctrina más recibida, que en aquella época, en materia de filiación, estaba representada por los Tratados de Montevideo. Este razonamiento conduce a una solución territorial respecto a la filiación ilegítima y extraterritorial en cuanto a la legítima.³⁵

Veamos las consecuencias que tendría la aceptación de esta teoría. Supongamos que se pretende hacer valer en Uruguay —por ejemplo, en una sucesión en trámite aquí— el reconocimiento voluntario de un hijo ilegítimo realizado por el causante en Brasil. La consecuencia de la territorialidad de la filiación ilegítima sería que ese reconocimiento no podría ser eficaz *per se* en Uruguay, donde el instrumento público de reconocimiento probará que el hijo fue reconocido en Brasil, pero no que es hijo ilegítimo en Uruguay. El hijo que ha logrado establecer su filiación ilegítima en Brasil y que quiere invocar su filiación en Uruguay tendrá que establecerla nuevamente en Uruguay, conforme a la ley de Uruguay, dice Alfonsín.³⁶ No obstante, sostiene que el rigor de este precepto suele ser atenuado.

3.1.2. Necesidad de acompasar las interpretaciones del DIPr con los nuevos instrumentos sobre derechos humanos

Hoy día, en cambio, parece incuestionable que la doctrina más recibida en materia de filiación es contraria a la distinción y discriminación entre distintos tipos filiatorios. Al

³⁴ *Ibidem*, pág. 722, n.º 1064.

³⁵ La misma posición es adoptada en Argentina por BOGGIANO, *op. cit.*, frente a la ausencia de normas indirectas nacionales sobre filiación: postula la integración de la laguna existente “analógicamente” (*legis*) por las normas de “los Tratados de Montevideo”.

³⁶ ALFONSÍN, *op. cit.*, págs. 715-716, n.º 1058.

formar parte del Convenio de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Uruguay se ha comprometido a ir adaptando sus legislaciones hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos respecto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. En el plano legislativo el Parlamento uruguayo ha ido introduciendo algunas modificaciones tendientes a la adaptación de la normativa sustantiva nacional, particularmente en materia de sucesión, donde se ha eliminado el distinto tratamiento que existía en nuestro Código Civil para hijos legítimos e ilegítimos (artículos 887 y 893, texto dado por la ley 15.855 de 25/3/9887).

No obstante, todavía no se ha eliminado de nuestra legislación la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en un plano general, lo cual sigue provocando una problemática de DIPr extremadamente compleja. En la práctica, debe distinguirse la hipótesis de la filiación ilegítima que surge del hecho del nacimiento (la cual se acredita con la correspondiente partida, y eventualmente además con la correspondiente constancia de reconocimiento, si así lo exigiera el derecho aplicable), de la filiación ilegítima que pudiera surgir de una sentencia recaída en un caso contencioso de investigación de paternidad.

En el primer ejemplo, una madre natural que tuviera dicha calidad solamente por la partida, con su domicilio y el del menor en un país que no exige posterior reconocimiento, no estaría obligada a efectuar reconocimientos o trámites posteriores para mantener los derechos y obligaciones derivados de la maternidad natural cada vez que cruza una frontera.

En cambio, si la filiación derivara de una sentencia y se tratara de hacerla valer en el extranjero, habría que tener en cuenta la categoría reconocimiento y ejecución de sentencia, además de la categoría filiación.

También debe tenerse en cuenta a qué efectos se quiere hacer valer la filiación ilegítima: no es lo mismo invocarla a los efectos de solicitar alimentos o la guarda del menor, que a los efectos sucesorios, donde la territorialidad del régimen de DIPr en la materia es más fuerte. Estos problemas deben resolverse según los criterios relativos a la calificación y a la cuestión previa.

3.3. JURISDICCIÓN INTERNACIONALMENTE COMPETENTE

3.3.1. A los efectos de establecer la filiación

Con respecto a la competencia jurisdiccional, si la acción refiriera al establecimiento de la filiación, serían competentes los jueces del Estado a cuya ley corresponde

regular la relación (artículo 2401); no corresponde la opción por los jueces del domicilio del demandado porque, conforme al artículo 2401 *in fine*, ésta sólo opera tratándose de acciones personales patrimoniales.

3.3.2. Filiación como cuestión previa

Si la filiación se plantea como cuestión previa de otra principal (sucesión, alimentos, restitución, etc.), la judicatura ante la cual se plantea como cuestión previa la eficacia de una filiación establecida en el exterior tiene competencia para resolver el punto.³⁷

3.4. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA³⁸

El nuevo Código regula la filiación en sus artículos 23 a 33, introduciendo modificaciones importantes con respecto al régimen sustantivo nacional anterior (Código Civil y Código del Niño). Si bien es innegable que se avanzó en cuanto al cumplimiento de los requerimientos impuestos por las normas materiales supranacionales sobre derechos humanos en general y sobre los derechos del niño en particular, consideramos que, al menos en cuanto al principio de no discriminación —que es el que nos ocupa—, resta todavía un largo camino que recorrer.³⁹

Baste la anterior mención para señalar, simplemente, que el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia no incluye normas de DIPr con respecto a la filiación por naturaleza, aunque sí lo hace con relación a la filiación adoptiva (artículos 150 a 160). Por consiguiente, no corresponde entrar aquí a su análisis porque escapa al objetivo de este trabajo.

³⁷ *Ibidem*, pág. 702, n.º 1047.

³⁸ Aprobado por Ley n.º 17.823 de 7/9/2004.

³⁹ En este sentido, se infiere una coincidencia de opinión en URIARTE, Carlos E. (coord.) y equipo, *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU-UNESCO, Montevideo, 2004, en especial en págs. 12-13, 32-34 y 82.

4.

LAS NORMAS MATERIALES SUPRANACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

4.1. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE⁴⁰ Y DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948⁴¹

Estas dos declaraciones —que tienen sin duda “un profundo paralelismo”—, “han tenido una importancia fundamental en el proceso de valoración de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos”; más aún, constituyen “la base sobre la que se ha ido edificando el sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos, constituyendo además, aún hoy, un punto de referencia”.⁴²

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo II consagra el derecho de igualdad ante la ley en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Discriminar a las personas por haber nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres atenta sin duda contra este derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 25: “[...] Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Y en el artículo 28: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Aunque en forma menos amplia, estos textos también apuntan hacia la no discriminación filiatoria.

⁴⁰ Aprobada el 30 de abril de 1948, elaborada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá del 30/3/1948 al 2/5/1948. Véase sobre el tema: SAETTONE MONTERO, Mariella, “Análisis comparativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 25-36

⁴¹ Naciones Unidas, adoptada y proclamada por resolución de la Asamblea General 217 A (iii), del 10 de diciembre de 1948.

⁴² SAETTONE MONTERO, op. cit., págs. 26 y 35. En el mismo sentido: GROS ESPIELL, Héctor, “Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 37-49, pág. 38.

4.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 1969⁴³

Uno de los principales motivos para adoptar esta Convención fue “actualizar y definir en forma pormenorizada el contenido, alcance y límites de los derechos y libertades fundamentales consagrados previamente en la Declaración Universal y en la Declaración Americana, que forman parte del *corpus* del Derecho Internacional Consuetudinario”.⁴⁴

El artículo 17, referido a la protección de la familia, establece en el numeral 5: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”. Esta disposición fue “recomendada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de establecer la igualdad de todos los hijos, principio este último receptado en casi todos los ordenamientos internos de la región”.⁴⁵

Las *modernas leyes nacionales de DIPr* —de la región y del mundo— siguen en general esta misma tendencia a la eliminación de distingos entre tipos filiatorios.⁴⁶ Así por ejemplo, la *ley de DIPr de Québec* de 18 de diciembre de 1991 titula el § 4 (del título II, capítulo 1, sección II): “De la filiación por la sangre y de la filiación adoptiva”. Tanto el título como los artículos 3091 a 3093 que le siguen dejan de lado la tradicional distinción entre filiación legítima e ilegítima, las cuales quedan comprendidas en igualdad de condiciones en la llamada “filiación por la sangre”.

En el mismo sentido, la *ley federal suiza de DIPr* del 18 de diciembre de 1987 regula el tema en el capítulo 4, bajo el título de “Filiación”, distinguiendo dentro de éste la “Filiación por nacimiento” (sección 1), el “Reconocimiento” (sección 2) y la “Adopción” (sección 3). Los artículos 66 a 70 correspondientes a la filiación por nacimiento no distinguen entre tipos filiatorios.

⁴³ Esta Convención fue elaborada el 22 de noviembre de 1969 en el ámbito de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, OEA. Fue ratificada por Uruguay el 26/3/1985. Véase el estado de ratificaciones al día en el sitio web de la OEA, <www.oas.org>, o en el del Instituto Interamericano del Niño, <www.iin.org>

⁴⁴ O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 26.

⁴⁵ FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 58.

⁴⁶ Véase sobre el punto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso...*, op. cit., t. II, Parte especial, vol. 1, pág. 218.

Tampoco distingue la *ley venezolana de DIPr* de 1998, que en su artículo 24 regula “el establecimiento de la filiación”, sin distinguir subtipo alguno.

Por último, corresponde señalar que el reciente *proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina*⁴⁷ regula la filiación en su artículo 113 en los siguientes términos: “Artículo 113 Filiación. La existencia, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual del hijo, del progenitor de que se trate, o del lugar de celebración del matrimonio, el que fuere más favorable al vínculo”.

4.3. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989⁴⁸

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño contiene también un mandato a los Estados parte de respetar y asegurar el derecho de no discriminación entre los niños por ninguna razón, entre las que refiere expresamente al “nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres [...]”. Resulta claro que discriminar entre tipos filiatorios por el hecho de que el niño provenga de matrimonio o no, u otras distinciones similares, sería contrario a lo dispuesto por esta Convención, la cual establece:

Artículo 2

1. Los Estados Partes *respetarán* los derechos enunciados en la presente Convención y *asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna*, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el *nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

⁴⁷ Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H. 191/02 y M.J.S. y D.H. 134/02, integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. Facilitado vía electrónica por la Prof. Noodt Taquela.

⁴⁸ *Esta Convención fue elaborada en el ámbito de las Naciones Unidas y aprobada por resolución N1 44/25, de 20/11/1989, de su Asamblea General. Uruguay la aprobó por ley n.º 16.137, del 26/9/90, y la ratificó el 20/11/1990. Véase el estado de las ratificaciones al día en el sitio web de las Naciones Unidas, <www.un.org>, o en el del Instituto Interamericano del Niño, <www.iin.org> Véase sobre el tema: LOPATKA, Adam, “The World constitution of the rights of the child”, en Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber, vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 667-682; el autor — representante de Polonia en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1978-1983)— fue el presidente y relator del grupo de trabajo que preparó el proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño.*

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.

A su vez, la Convención impone la obligación a los Estados parte de adoptar medidas legislativas o de otra índole para dar efectividad a estos derechos:

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, *legislativas y de otra índole* para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Estos mandatos no se han cumplido por ahora en nuestro país, al menos con respecto a la normativa de DIPr.

5.

INCIDENCIA DE LAS NORMAS MATERIALES SUPRANACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LAS SOLUCIONES DE DIPr EN MATERIA FILIATORIA

5.1. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL COMO LÍMITE AL LEGISLADOR Y AL JUEZ NACIONAL

Como advierte RISSO FERRAND,⁴⁹ es necesario “situar la materia de los derechos humanos como una cuestión que interesa al ordenamiento interno y al ordenamiento internacional”. Resulta particularmente importante que al tratar el tema de la filiación—en todos los planos: legislativo, judicial y doctrinario— tengamos presente la incidencia

⁴⁹ RISSO FERRAND, Martín, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya”, en *Derechos Humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 61-71, págs. 62-63.

de las convenciones de derechos humanos, porque se trata de un área en la que las normas de DIPr vigentes son particularmente insuficientes e inadecuadas.

Orrego Vicuña y Orrego Bauzá⁵⁰ afirman que “en la medida en que la comunidad internacional está reconociéndole un elevado valor a los derechos humanos, ello está influyendo a la vez en la evolución del derecho internacional como tal y en los correspondientes ajustes del derecho interno”.

Tal como explica Fernández Rozas,⁵¹ “desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y de su desarrollo posterior las normas internacionales de derechos humanos forman parte del *derecho internacional general* actuando como un *importante límite tanto para el legislador como para el juez interno en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales*”. Y refiere luego, citando a González Campos, a la “consolidación de un verdadero ‘estatuto internacional de la persona’ que se impone en el ámbito de los diferentes sistemas estatales, tanto respecto de las situaciones privadas internas como de las internacionales”.

En el mismo sentido, afirma Gros Espiell⁵² que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “constituye una fuente de derecho general para todos los países partes del Sistema Interamericano”. Destaca también el “efecto jurídico interno de las dos Declaraciones”.⁵³

Ese límite impuesto al legislador y al juez por el *derecho internacional general* debe ser tenido en cuenta por los codificadores y parlamentarios de nuestro país a la hora de actualizar las normas de DIPr de fuente interna. Así se hizo en el ámbito del grupo de trabajo designado a instancias del Prof. Opertti⁵⁴ para elaborar un anteproyecto de Ley de DIPr sustitutivo del Apéndice del Código Civil. A continuación se analizan brevemente las soluciones propuestas en el referido proyecto.

⁵⁰ ORREGO VICUÑA, Francisco, y ORREGO BAUZÁ, Francisco, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales nacionales: Nuevas tendencias derivadas de la experiencia chilena”, en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 965-982, pág. 982.

⁵¹ FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 132 (el destacado es nuestro).

⁵² GROS ESPIELL, op. cit., págs. 44-45.

⁵³ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁴ Creado por resolución 652/998 del Poder Ejecutivo, de fecha 17/8/998, en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores, siendo canciller de la República el Dr. Opertti. Los integrantes del grupo fueron los Dres. Ronald Herbert, Eduardo Tellechea, Marcelo Solari, Berta Feder, Carmen González y Cecilia Fresnedo. Posteriormente se sumaron los Dres. Jorge Tálice y Paul Arrighi.

5.2. EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE DIPR DE 2004⁵⁵

En las codificaciones y en la doctrina contemporáneas se prevé la categoría *filiación*,⁵⁶ en forma genérica y sin distinciones, o *filiación por naturaleza*,⁵⁷ *filiación por la sangre*,⁵⁸ *filiación por nacimiento*⁵⁹ y adopción.

En este sentido explica Miralles Sangro⁶⁰ que, en el estado actual de desarrollo del derecho constitucional y civil español, se “acabó definitivamente con la odiosa división de la filiación en legítima e ilegítima y sus múltiples subdivisiones”, y que hoy “sólo se puede afirmar que *‘la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción’* y que *‘la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial’*, siendo matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”, además de que *‘la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos’*” conforme a las disposiciones del Código Civil español (artículo 108).

Agrega más adelante que, “partiendo de la equiparación de los hijos por razón de filiación, de la igualdad entre los cónyuges y del principio *favor filii*, se evita un tratamiento desigual en la filiación por naturaleza y se intenta reducir al mínimo las diferencias entre ésta y la filiación adoptiva”.

En materia de filiación natural y adoptiva, el proyecto del 2004 (artículos 27 y 28) pretende cubrir el vacío existente en nuestro actual apéndice, donde no están previstas estas categorías expresamente. El avance nos parece fundamental. Pero más importante aún es la solución propuesta, ya que no distingue entre la filiación ilegítima y la legítima, de conformidad con lo establecido en los distintos convenios que sobre derechos humanos en general, y sobre derechos del niño en particular ha aprobado la República. En particular, se pretende dar cumplimiento al mandato concreto del artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.⁶¹

⁵⁵ El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado fue enviado al Parlamento por el Poder Ejecutivo (R/1293, C. E. n.º 150140), con su correspondiente Exposición de Motivos (C. E. n.º 150147), el 14 de setiembre de 2004.

⁵⁶ Así, por ejemplo, la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado y el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino, ya citados.

⁵⁷ MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo, en la obra dirigida por Elisa PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado* (4.ª ed. revisada, 1993), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, págs. 135 y ss.; similar criterio se adopta en la obra colectiva coordinada por Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, págs. 647 y ss.

⁵⁸ Ley de Derecho Internacional Privado de Quebec, citada supra.

⁵⁹ Ley de Derecho Internacional Privado suiza, citada supra.

⁶⁰ MIRALLES SANGRO, op. cit., págs. 139 y 141.

⁶¹ Expresamente se marca esto en la Exposición de Motivos, pág. 10.

En cualquier caso y sin efectuar ningún tipo de distingo, se regula la filiación por la ley del domicilio común de los padres y, si no tuvieren domicilio común, por el domicilio de la madre, atendiendo a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que ésta ejerce desde su concepción. En ambos casos se determina temporalmente la realización del punto de conexión al tiempo del nacimiento del hijo.⁶²

Nada se dice respecto de las consecuencias de la filiación, pero ello no es necesario ya que, al no distinguirse entre filiación legítima y natural, las consecuencias serán las propias del régimen de la patria potestad (artículo 22.1), las relaciones personales entre padres e hijos (artículo 29), las obligaciones alimentarias (artículo 30), y el régimen de las sucesiones (artículos 31 y siguientes).

5.3. LA TAREA DE LOS JUECES MIENTRAS NO SE APRUEBE EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE DIPR

Mientras se desarrolla el proceso de aprobación parlamentaria del proyecto de referencia, cuestión que nunca es ni fácil ni rápida, los jueces en su diaria y difícil tarea están obligados a aplicar de manera armónica las diversas normas —formales y materiales— que integran el orden jurídico nacional, así como las extranjeras que resultan aplicables en virtud de las normas de conflicto vigentes. Ello requiere el manejo de algunos conceptos básicos.

5.3.1. Aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos Señala Risso Ferrand:

[...] se ha sostenido en alguna ocasión que ciertos tratados contienen obligaciones de hacer cuyo titular es el Estado, y hasta tanto no se cumpla con dicha obligación, el tratado no sería aplicable internamente. Pues bien, sin entrar en esta discusión, y limitando la cuestión a los derechos humanos, corresponde señalar que [...] en la medida en que los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, al adquirir rango constitucional conforme al artículo 72, resultarán directamente aplicables y operativos conforme al artículo 332 de la Carta.⁶³

⁶² Dice el artículo 27 del Proyecto: "Filiación. 1. La filiación se rige por la ley del domicilio común de los padres al tiempo del nacimiento del hijo. 2. Si éste no existiere, se registrá por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo".

⁶³ RISSO FERRAND, op. cit., pág. 69.

Gros Espiell,⁶⁴ por su parte, con respecto al Pacto de San José, fundamenta “la aplicabilidad directa de la Convención en el derecho interno, con la jerarquía normativa que le asignan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales”. Más aún, advierte:

El Derecho de Familia, en el Uruguay de hoy, no puede conocerse si no se comprende que las normas internacionales pertinentes [...] forman parte de él, integran el sistema jurídico uruguayo, se aplican directamente en el ámbito interno y deben ser utilizadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su decisión.

Kelsen afirmaba:

El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen. Pero *el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de ius cogens y no el de ius dispositivum*.⁶⁵

5.3.2. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados⁶⁶

5.3.2.1. CAUSAS DE NULIDAD DE LOS TRATADOS

Las referidas convenciones establecen, entre las causas de nulidad de los tratados, que éstos estén en oposición con el derecho internacional general.

El artículo 53 establece:

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁶⁴ GROS ESPIELL, Héctor, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos y vida internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, págs. 53-68, pág. 60; y GROS ESPIELL, Héctor, “El derecho de familia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, 1989, pp. 67-71, pág. 70; y “Los Derechos del Niño en América Latina”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 12, 1997, págs. 49-57, pág. 50

⁶⁵ KELSEN, Hans, *Principles of international law*, Rinehart & Co., Nueva York, 1952-1956, págs. 322-323, citado por DE LA GUARDIA, Ernesto, en *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pág. 81.

⁶⁶ La de 1969 entre miembros de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada en Uruguay por decreto ley n.º 15.195, de 19/10/1981, y la de 1986 entre estados y organizaciones internacionales, aprobada en Uruguay por Ley n.º 16.173, de 30/3/1991.

Éste no sería el caso de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, que en sus artículos 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, regulan la filiación de manera discriminatoria y por tanto contraria a lo establecido por los tratados de derechos humanos y del niño, porque los Tratados de Montevideo son anteriores a estos últimos.

Sí encuadraría la situación en lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención de Viena:

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

5.3.2.2. OPOSICIÓN A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS) SUPERVINIENTE

Para poder afirmar que la regulación que de la filiación hacen los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 está o no en oposición con las normas de las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por Uruguay, en particular el artículo 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica, es necesario determinar si tales normas pueden calificarse o no como “norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”, a la luz de la definición autárquica incluida en el artículo 53 de la Convención de Viena.

5.3.2.3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE IUS COGENS

La Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁶⁷ reconoció que “no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de *ius cogens*”. En consecuencia, se limitó a establecer que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *ius cogens*, dejando “que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales”. Quedó claro, según observa De la Guardia, que en opinión de la CDI el *ius cogens* “no es un derecho imperativo *inmutable* de contenido iusnaturalista, sino un derecho positivo, *definido formalmente por el método de producción de la norma y no por el contenido de ésta*”. El artículo 53 define a la norma de *ius*

⁶⁷ DE LA GUARDIA, op. cit., pág. 289, invocando el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

cogens como aquella *norma imperativa de derecho internacional general que no admita excepción alguna* “y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.⁶⁸

Enseñaba Jiménez de Aréchaga⁶⁹ que “la noción misma de ‘jus cogens’ representa un avance significativo en el Derecho internacional, tanto del punto de vista científico como del práctico. Introduce en el Derecho internacional un *concepto dinámico, capaz de futuros desenvolvimientos y que abre una perspectiva nueva*”. Agregaba: “Si bien el número de reglas de ‘jus cogens’ puede ser hoy limitado, *nuevas reglas de ese carácter pueden ser aceptadas y reconocidas* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto [...], *extendiendo la noción a nuevos terrenos* tales como [...] el establecimiento de principios más equitativos para regular el comercio internacional”.⁷⁰ En el mismo sentido, afirma Gómez Robledo⁷¹ que “no hay duda de que en el texto de la Convención [de Viena] se impuso el criterio positivo y dinámico”.

Creemos que la calificación de las normas que consagran el principio de no discriminación entre tipos filiatorios —o principio de igualdad entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio— como de *ius cogens* se compadece perfectamente con los conceptos que de dicha noción nos brinda el maestro uruguayo, entre otros. Se trata de normas —en especial el artículo 17.5 del pacto de San José— que responden a la tendencia moderna de “igualar a los hijos”,⁷² de eliminar regulaciones discriminatorias para los distintos tipos filiatorios (filiación “legítima” e “ilegítima”, por ejemplo), como las de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, los cuales en este tema responden indubitablemente a los parámetros socioculturales de la época.

Lo que proponemos no es más que el desenvolvimiento de un concepto dinámico, que hoy día comprende, en nuestra opinión, y con más fuerza aún que cuando fue creada, la norma que en materia filiatoria establece el artículo 17.5 del Pacto de San José de 1969. Ello debido a que “el contenido concreto del ‘jus cogens’ cambia constantemente de acuer-

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 290, invocando en nota al pie n.º 63 el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 82.

⁷⁰ Los destacados son nuestros.

⁷¹ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 115.

⁷² DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 59.

do con el desarrollo progresivo del Derecho y la moral internacional”; en consecuencia, si en 1969 la idea de igualar a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio fue consagrada en la norma bajo análisis, no pueden quedar dudas de que casi cuarenta años después ella constituye una regla de *ius cogens*, un principio imperativo del derecho internacional general.

5.3.2.4. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS COMO PARTE DEL IUS COGENS Y LA CONSECUENTE CALIFICACIÓN DE LA NORMA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE TIPOS FILIATORIOS (ARTÍCULO 17 DEL PACTO SAN JOSÉ) COMO TAL

Como punto de partida resultan oportunos los conceptos vertidos al respecto por Feldman:⁷³

Es a partir de la segunda mitad de este siglo en que comienza concienzuda y firmemente la protección internacional de los derechos humanos. Así llegamos a Viena donde se redacta la Convención sobre Derecho de los Tratados, *considerándose los tratados de derechos humanos como parte del jus cogens*, esto es, aquellos instrumentos sobre los cuales hay un interés general de la comunidad internacional y que forman parte de un orden público internacional, sobre el cual no puede haber una libre disposición de los Estados.⁷⁴

En el mismo sentido afirma Gómez Robledo,⁷⁵ citando a Nahlik,⁷⁶ que se pueden identificar “dos complejos normativos” que tienen el carácter de normas de *ius cogens*, y uno de ellos es “la protección de los derechos humanos fundamentales”. Y concluye que sería difícil negar hoy “que este doble complejo normativo: derechos humanos (*droits de l’homme*) y derecho humanitario, pertenece, así pueda ser en parte solamente, al *ius cogens*”, afirmando que “del principio en general no hay la menor duda, y así lo confirma tanto la doctrina de los autores más renombrados como la jurisprudencia internacional”. Igualmente Yasseen⁷⁷ identifica como normas imperativas o de *ius cogens* aquellas que “reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario”.

⁷³ FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 15.

⁷⁴ El destacado es nuestro.

⁷⁵ GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., págs. 185 y 195.

⁷⁶ NAHLIK, Stanislaw E., *Ius cogens and the codified law of treaties*, Temis, n.ºs 33-36, 1973-1974, págs. 85-111, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 185, nota 6.

⁷⁷ YASSEEN, Kamil, *Réflexions sur la détermination du ius cogens*, Société française pour le droit international, Colloque de Toulouse, Pédone, 1974, pág. 208, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 185-186.

También Caicedo Perdomo,⁷⁸ citado por Gómez Robledo, califica como “normas imperativas de derecho internacional general” a las “relativas a los derechos del hombre”.

El jurista uruguayo Puceiro Ripoll⁷⁹ coincide con los especialistas antes citados en cuanto a la calificación de las “normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal” como normas de *ius cogens*.

El profesor René-Jean Dupuy, representante de la Santa Sede, propuso incluso en la conferencia de Viena “que se adoptara como denominador común del *ius cogens* ‘el principio de la supremacía de los derechos humanos”, y agregaba: “¿Por qué no interpretar el artículo 50 (53) como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?”.⁸⁰

El especialista uruguayo Fernando Urioste, asimismo, afirma que las convenciones sobre derechos humanos son calificadas como normas de *ius cogens*, y dicen relación con los *derechos fundamentales*; es así que el derecho internacional público deja de ser un derecho que se ocupa únicamente de los Estados, por lo que se vuelve necesaria una *visión multidisciplinaria a efectos de asegurar una mayor protección* y tutela de los bienes jurídicos.⁸¹

Coincide en general la doctrina en la dificultad que conlleva para el investigador la individualización de las normas concretas de *ius cogens*.⁸² Por ello, como advierte Gómez Robledo,⁸³ “lo importante es mantener bien firmes los criterios de identificación del *ius cogens* internacional, los cuales, hasta el momento, nos parecen dimanar de una dualidad en apariencia irreductible, a saber: la estructura de la sociedad internacional y los derechos humanos”.

Las dificultades reseñadas no deben convertirse en una barrera infranqueable para el investigador, que lo inhiba de explorar el campo del *ius cogens* emergente de las nuevas pautas morales de la sociedad internacional, como la de no discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio que es objeto de este estudio. Es por ello que, aunque pueda parecer arriesgado, creemos que la definición que del *ius cogens* ofrece el

⁷⁸ CAICEDO PERDOMO, J. J., “La teoría del *ius cogens* en derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio 1975, págs. 261-274, citado por GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., págs. 188-189.

⁷⁹ PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Desarrollos actuales del *ius cogens*: el fantasma rompe su hechizo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, n.º 3, 1974, págs. 49-79, pág. 70.

⁸⁰ Citado por GÓMEZ ROBLEDO, op.cit., pág. 203.

⁸¹ URIOSTE, Fernando, “Humanización del derecho internacional”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 2.ª Serie, n.º 13, Montevideo, 1990, pág. 42-43, citado por Graciela PORTA, “Globalización y derecho de familia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 17, 2000, pág. 154.

⁸² En este sentido: PUCEIRO RIPOLL, op. cit., pág. 69, y GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 181.

⁸³ GÓMEZ ROBLEDO, op. cit., pág. 203.

artículo 53 de la Convención de Viena, interpretado no sólo conforme a su tenor literal gramatical sino también a sus antecedentes legislativos, permitiría incluir dentro de esta categorización de normas a aquellas que establecen la no discriminación entre tipos filiatorios.

Más allá de cuál haya sido la “intención común de las partes”, resulta determinante la primacía acordada “al texto del tratado como base de su interpretación”, porque así lo manifestó la Comisión de Derecho Internacional, afirmando que su propuesta “se basa en la tesis de que ha de presumirse que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y de que, por consiguiente, el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar *ab initio* la intención de las partes”.⁸⁴ Y donde la norma no distingue, no cabe que lo haga el intérprete. Es por eso que creemos que las normas sobre no discriminación en general, y entre tipos filiatorios en particular, deben considerarse hoy en día como de *ius cogens*. Y ello a pesar de que —hasta donde hemos podido investigar— los especialistas en derecho internacional público, disciplina a la que pertenece el derecho de los tratados, aunque para los iusprivatistas éste constituye un instrumento fundamental, no analizan esa posibilidad. Ello es lógico por razones de especialidad.

Pero desde el momento en que autores de la talla de Eduardo Jiménez de Aréchaga⁸⁵ incluyen “el establecimiento de principios más equitativos para regular el comercio internacional” dentro de “la noción misma de *ius cogens*”, y que advierte que éste es “un *concepto dinámico, capaz de futuros desenvolvimientos y que abre una perspectiva nueva*”, creemos que no se violenta ningún principio ni regla del derecho internacional —público, privado, de derecho de los tratados— ni ninguna otra de nuestro ordenamiento jurídico, al considerar que el artículo 17.5 del Pacto de San José que consagra el principio de no discriminación entre tipos filiatorios debe ser calificado como norma de *ius cogens*.

A mayor abundamiento, nótese que la fórmula del artículo 53 de la Convención de Viena es una descripción del *ius cogens* más que una definición. Es más, “no aprehende la esencia misma del ‘ius cogens’ desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa”.⁸⁶

⁸⁴ Comentario al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, op. cit., págs. 55-56.

⁸⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, op. cit., pág. 82.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 80-81.

Explica Eduardo Jiménez de Aréchaga que en esencia las reglas de *ius cogens* son las que recogen “ciertos principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y corresponden a principios morales fundamentales [...]”. Luego ejemplifica con cuestiones ajenas a la materia que nos ocupa, tales como “la prohibición del uso o la amenaza de fuerza y la agresión, la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, la discriminación racial, el terrorismo o la toma de rehenes”.⁸⁷

Llevando el concepto al campo del derecho privado y en particular del derecho de familia, nada impide sostener que, así como la no discriminación racial es un principio de *ius cogens*, la no discriminación entre tipos filiatorios también lo es hoy en día.

Ello surge muy claramente del tenor literal gramatical del artículo 17.5 del Pacto de San José: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”.

La norma impone una obligación a los Estados de ajustar sus normas —materiales y de conflicto, ya que no establece distinción alguna al respecto— al principio de no discriminación entre tipos filiatorios que ella consagra. Se trata de una “disposición recomendada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de establecer la igualdad de todos los hijos, principio este último aceptado en todos los ordenamientos internos de la región”.⁸⁸

5.3.2.5. CONSECUENCIAS DEL CRITERIO PROPUESTO

Resulta claro que, a partir de la aprobación por Uruguay de las convenciones sobre derechos humanos y del niño referidas *supra*, no deberían existir en nuestro ordenamiento jurídico normas de DIPr discriminatorias entre supuestos subtipos filiatorios.

A este respecto, resultan pertinentes las afirmaciones del delegado de Chipre en la Asamblea General (Sexta Comisión) con relación al *ius cogens superveniens*, las cuales reflejan la opinión general al respecto:⁸⁹ “Una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ya sea que se establezca por un tratado multilateral (como es el caso del artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica) o por una nueva norma de derecho consuetudinario, es una norma de orden público que prevalece sobre cualquier otra y que despoja de toda validez a los

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 81.

⁸⁸ DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 58.

⁸⁹ 6me. Commission, 783ème séance, par. 22, citado en GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 121.

tratados incompatibles con ella”. Es lo que ocurre con relación al referido artículo 17.5 y las normas sobre filiación de los Tratados de Montevideo.

También viene al caso referir al mayor interés que Gómez Robledo⁹⁰ le atribuye al “*ius cogens* emergente” frente al “*ius cogens* académico del pasado”. Es con este espíritu que apelamos a la calificación de la norma contenida en el artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho de no discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, como una norma de *ius cogens*.

Con respecto a los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, sus artículos 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, relativos a la filiación, serían nulos a partir de la fecha de entrada en vigor en Uruguay de los Tratados de Derechos Humanos en cuestión. Se funda esta afirmación en lo establecido por el artículo 64 de la Convención de Viena, ya que en este caso tanto el Pacto de San José de Costa Rica como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño —y en particular los artículos reseñados *supra*, n.ºs 17, y 2 y 4, respectivamente— constituirían “*una nueva norma imperativa de derecho internacional general*” (artículo 64 de la Convención de Viena). La consecuencia está claramente establecida en el referido artículo 64: “[...] *todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”.

Parecería que la oposición de los artículos 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 al artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica y a los artículos 2 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es indiscutible. Por consiguiente, los referidos artículos 16 a 18 y 20 a 22 de los Tratados de Montevideo devendrían nulos.

La indivisibilidad impuesta por el artículo 44.5 de la Convención de Viena a los efectos de la nulidad se limita a los artículos 51, 52 y 53, e implica que la nulidad producida por la oposición de una norma de un tratado con relación a una norma imperativa de derecho internacional general afecta el tratado en su totalidad. Pero el artículo 44.5 no refiere a la nulidad basada en el artículo 64, por lo que resulta perfectamente “lícito deducir que la divisibilidad existe para el artículo 64 (*ius cogens* emergente)”.⁹¹ Coincide en este sentido Gómez Robledo,⁹² quien afirma que “la Comisión de Derecho Internacio-

⁹⁰ GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 123, refiriéndose a la función del *ius cogens* en las relaciones entre las grandes potencias industriales y los países del Tercer Mundo.

⁹¹ DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pág. 292.

⁹² GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pág. 125, citando el documento de la Comisión correspondiente (A/CONF. 39/11/Add. 2, pág. 86, par. 3).

nal (y así pasó a la Convención de Viena) decidió aplicar el principio de indivisibilidad en el caso del artículo 53, y el de la divisibilidad, en cambio, en la situación del artículo 64". Y cita luego el siguiente comentario de la propia Comisión:

[...] aunque la Comisión estimó que el principio de la divisibilidad no es adecuado cuando un tratado es nulo *ab initio* según el artículo 50 a causa de una norma vigente de *ius cogens*, se aplican otras consideraciones en el caso de un tratado que era totalmente válido en el momento de su celebración, pero que luego, en cuanto a algunas de sus disposiciones, resulta en oposición con una norma de *ius cogens* establecida con posterioridad. La Comisión estimó que, si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de éste, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa: los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto el de 1889 como el de 1940, eran "totalmente válidos en el momento de su celebración", en general, y en particular con respecto a la filiación. Pero con posterioridad, concretamente a partir del reconocimiento del derecho a la no discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio a texto expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.5), el título VI ("De la filiación") de ambos tratados —es decir, sólo algunas de sus disposiciones— se vuelve contrario a la norma de la Convención Americana citada y que calificamos como de *ius cogens*, al haber sido establecida ésta con posterioridad —el 22 de noviembre de 1969— a los Tratados de Montevideo en cuestión.

La consecuencia práctica del criterio expuesto sería que los jueces uruguayos, frente a un caso relativo a la filiación que involucrara a los Estados parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, al resultar nulos los artículos correspondientes a dicha materia, deberían recurrir al DIPr de fuente interna, el cual deberá ser interpretado e integrado conforme a los criterios establecidos por el artículo 16 del Código Civil. De acuerdo con éste, "se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas", "[...] a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas". En materia de filiación, los tres criterios de interpretación referidos apuntan claramente a la no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Q., *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1961.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. I, 2.^a ed., Depalma, 1983.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- FELDMAN, Gustavo E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cap. 17.2.D) Uruguay”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, págs. 663-665.
- *Curso de derecho internacional privado*, t. II, Parte especial, vol. 1, FCU, Montevideo, 1.^a ed., 2003.
- GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado*, 5.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1985.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, pp. 37-49.
- “Sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos humanos y vida internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pp. 53-68.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- La Justicia Uruguaya*, caso publicado con el n.º 13.109.
- LOPATKA, Adam, “The World constitution of the rights of the child”, en Héctor Gros

- Espiell, Amicorum Liber*, vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 667-682.
- MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo, en PÉREZ VERA, Elisa, *Derecho Internacional privado*, 4.ª ed. revisada, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
- OPERTTI BADÁN, D., y HERBERT, R., Opiniones (inéditas) vertidas en en diversos cursos de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay.
- ORREGO VICUÑA, Francisco, y ORREGO BAUZÁ, Francisco, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales nacionales: Nuevas tendencias derivadas de la experiencia chilena”, en en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 965-982.
- PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Desarrollos actuales del *jus cogens*: el fantasma rompe su hechizo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, n.º 3, 1974, págs. 49-79.
- RISSO FERRAND, Martín, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 61-71.
- SAETTONE MONTERO, Mariella, “Análisis comparativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, en *Derechos humanos. A 90 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad Católica-AMF, Montevideo, 1999, págs. 25-36.
- URIARTE, Carlos E. (coord.) y equipo, *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU-UNESCO, Montevideo, 2004.
- VARGAS GUILLEMETTE, A., *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1943.